

ARBITRAJE Y SECTOR PÚBLICO

TOMO II

Edición:

CIMA - CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE
Jorge Juan, 8 2º - 28001 Madrid
www.cima-arbitraje.com

Impresión:

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

Depósito Legal: M-00000-2024

Impreso en España

ARBITRAJE Y SECTOR PÚBLICO

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

TOMO II



COORDINADORES

FRANCISCO RUIZ RISUEÑO
JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



MADRID, 2024

TOMO II

Articulación constitucional y arbitrabilidad

	Pág.
Roberto O. Bustillo Bolado	
Afectación del arbitraje administrativo al principio de legalidad y al principio de control judicial	451
I. Consideraciones previas: el interés por el arbitraje el Derecho administrativo.	
II. Desarrollo.	
1. El sometimiento de la Administración pública a arbitraje es conforme a la Constitución, pero el análisis de sus límites y posibilidades no puede agotarse en el art. 24 CE.	
2. ¿La vinculación positiva de la Administración a la Ley y al Derecho art. 103.1º CE– limita las posibilidades del sometimiento de la Administración a arbitraje?	
3. ¿El control judicial de la actividad administrativa –art. 106.1º CE– limita las posibilidades del sometimiento de la Administración a arbitraje?	
III. Consideraciones finales: la necesidad de una ley que regule el sometimiento de las Administraciones Públicas a arbitraje.	
Covadonga Isabel Ballesteros Panizo	
La delimitación del objeto de arbitraje de Derecho administrativo	465
I. Introducción.	
II. El arbitraje: sus elementos esenciales y su fundamento.	
III. El Objeto del arbitraje de Derecho administrativo.	
1. La ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y su ámbito de aplicación.	
2. La disponibilidad.	
3. Potestades regladas y potestades discrecionales.	
4. Un criterio general de arbitrabilidad.	
VI. Conclusión.	



Pedro Ramón y Cajal Agüeras, Fernando Manzanedo González
y Víctor Rodríguez de Vera Casado

Cuestiones en las que intervienen entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de administraciones públicas	481
I. Reflexión inicial. La arbitrabilidad en la Contratación Pública. La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público. Referencias autonómicas.	
II. Ámbito subjetivo: entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de administraciones públicas.	
III. Ámbito objetivo. Contratos susceptibles de ser sometidos a arbitraje.	
IV. Sometimiento a arbitraje de los contratos celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.	
1. A favor del arbitraje.	
2. En contra del arbitraje en la contratación pública. Un riesgo para la tutela judicial efectiva.	
3. Nuestra posición. Hacia el arbitraje en la contratación pública.	

Arbitraje y contratación pública

Juan Carlos Calvo Corbella

Contratación pública y arbitraje. Posibilidades que resultan de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público	503
I. El punto de partida: recepción del arbitraje en la legislación sobre contratación pública.	
1. Hacia la restitución del arbitraje: reforma y reunificación del régimen del arbitraje de Derecho privado.	
2. En paralelo, excepcionalidad del arbitraje en las relaciones patrimoniales y de contratación de las Administraciones públicas.	
3. Incitación internacional y comunitaria en el origen de la instauración de un régimen jurídico del arbitraje susceptible de ser aplicable a las administraciones públicas e ineffectividad del estímulo en materia de contratación pública.	
4. Reforma de la legislación general de arbitraje y normalización isonómica del sometimiento a arbitraje de las entidades del sector público que no fueren Administraciones públicas.	
5. El punto de llegada: aparente reversión de la aplicación del arbitraje en materia de contratación del sector público.	
II. El presupuesto negativo: ¿cabe inferir de la omisión/supresión de la regulación del arbitraje en la ley de contratos del sector público la restauración, como condición única de su posibilidad, de la observancia de los requisitos que para la aplicación del arbitraje contiene la vigente Ley General Presupuestaria?	
1. Presuntividad del retorno del sometimiento a arbitraje en materia de contratación pública mediante sujeción a los requisitos de la ley general presupuestaria.	
2. Soberanía del Estado y prerrogativa de los poderes públicos como factor explicativo de la exclusión del arbitraje público.	



3. Efecto negativo de la hipótesis supresora de la omisión: jurisdiccionalización de las controversias en materia de contratación excluyente del arbitraje.
4. Interpretación de la excepción al sometimiento a la jurisdicción del arbitraje de controversias nacidas de contratos formalizados con empresas extranjeras y ejecutados en el extranjero.
- III. Presupuesto positivo: examen complementario de argumentos favorables a la extensión del arbitraje en cuanto a los efectos y la extinción de contratos privados del sector público.
 1. El arbitraje de controversias que no afecten a administraciones públicas en sectores específicos.
 2. Arbitraje en los negocios excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la legislación de contratación.
 3. Efectividad de la Ley de arbitraje.
- IV. La libertad de pactos entre partes iguales e igualdad de la ley como fundamento último de la admisibilidad del arbitraje en materia de contratación pública.
- V. Obstáculo al arbitraje en la contratación pública por razón de la exigencia de aplicación del Derecho de la Unión Europea.
 1. La necesidad de asegurar la aplicación del Derecho europeo fundamenta la exclusión del arbitraje en las relaciones jurídicas concertadas por los poderes públicos.
 2. La necesidad de asegurar la aplicación del Derecho europeo puede fundamentar la exclusión del arbitraje en materia de contratación del sector público.
 3. La efectividad del Derecho europeo podría llegar a invocarse como fundamento excluyente de la aplicación del arbitraje en aquellas controversias que deban dirimirse mediante la aplicación del Derecho europeo.
 4. Las decisiones arbitrales no serían compatibles con la necesidad de alcanzar la efectividad del Derecho del estado, exceptuado que se instaure un sistema de revisión del laudo por razones sustantivas.
- VI. Conclusiones.
 1. Antecedentes históricos y legislativos y sistema político.
 2. Influencia del contexto internacional como factor determinante de la transformación de la posición del arbitraje en el ordenamiento jurídico.
 3. El retorno a la jurisdicción y la inmunidad arbitral de la Administración.
 4. Aplicación del arbitraje a los negocios excluidos de sujeción a la Ley 9/2017.
 5. El principio de libertad de pactos como fundamento de la aplicación del arbitraje.
 6. La imperatividad del Derecho europeo como obstáculo a la aplicación del arbitraje.

Francisco García Ortells

La consolidación del arbitraje en determinados contratos del sector público 523

- I. Introducción.
- II. Crisis de la justicia administrativa.
- III. Patología del sistema.
- IV. Punto de partida del estudio del arbitraje en el ámbito del Derecho público. Definición y características.
- V. Referencia histórica al arbitraje en el ámbito del Derecho público. En concreto, hasta la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.



- VI. Examen del art. 39 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La plena aceptación del arbitraje.
- VII. Marcha atrás que supuso para el arbitraje la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- VIII. El expreso reconocimiento del arbitraje en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores.
- IX. Conclusión.

Álvaro Soriano Hinojosa

Arbitraje en la contratación pública y defensa de la competencia 537

- I. Introducción.
- II. La situación de la contratación pública en España y la arbitrabilidad del derecho de la competencia.
 - 1. Repaso histórico de la contratación pública en España.
 - 2. La indefinición de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017: inexistencia de una referencia específica al arbitraje.
 - 3. Arbitrabilidad del Derecho de la competencia.
- III. Formación de la voluntad en el Estado y las Administraciones Públicas.
 - 1. La vía convencional y el principio de legalidad como motores del consentimiento de las Administraciones Públicas.
 - 2. La formación de la voluntad del Estado: la vía de los tratados internacionales.
 - A) Procedimiento de autorización de los Tratados.
 - B) Regulación del art. 93 CE.
 - C) Consentimiento del Estado a través del art. 94.1º CE.
 - D) Acción exterior de las Administraciones Públicas.
- IV. Doctrina del Consejo de Estado en favor del arbitraje en el ámbito nacional y en la contratación y responsabilidad internacional.
- V. Conclusiones.

Rafael Gil Nievas

Contratos de gestión y de concesión de servicios públicos 559

- I. Introducción.
- II. La figura del contrato de gestión de servicios públicos y su evolución normativa.
 - 1. El originario contrato de gestión de servicios públicos.
 - 2. Modalidades de contratación.
 - A) Concesiones.
 - B) Gestión interesada.
 - C) Concierto.
 - D) Sociedad de economía mixta.
 - 3. Normativa europea.



4. Nuevos tipos contractuales.
5. El Aspecto Clave del Riesgo Operacional en los Contratos de Concesión de Servicios Públicos.
- III. Contrato de concesión de servicios públicos y arbitraje: situación en España.
 1. Legislación estatal.
 2. Legislación autonómica.
 3. Administraciones locales.
- IV. Contrato de concesión de servicios públicos y arbitraje: referencia a otros países europeos.
 1. Arbitrabilidad de la preparación y adjudicación del contrato.
 2. Arbitrabilidad respecto de la ejecución del contrato.
- V. Contrato de concesión de servicios públicos y arbitraje: referencia a la experiencia peruana.
- VI. Conclusiones.

María Dolores de Cospedal

El arbitraje en el contrato de suministro 583

- I. Regulación del contrato de suministro en la Ley de contratos del Sector Público (LCSP).
- II. Contratos administrativos y contratos privados de suministro celebrados por el sector público.
- III. Especificidades del contrato administrativo de suministro que acreditan su adaptabilidad al arbitraje como medio de resolución de conflictos. Acuerdos Marco. Centrales de contratación centralizada.
- IV. Regulación del Arbitraje en la LCSP. Disposición Adicional Primera, ap. 3. Dictamen 1176/2023, de 23 de noviembre del Consejo de Estado.
- V. Arbitraje en el contrato de suministro celebrado en el extranjero y con empresa extranjera y posibilidad de su extensión al contrato de suministro celebrado en España o con empresa española.
- VI. Causas de resolución de los contratos administrativos. Principio de libertad de pactos. Ámbito objetivo de aplicación de la LCSP; interpretación a contrario en cuanto se refiere al sometimiento al arbitraje en los contratos de suministro celebrados por el sector público.
 1. Causas de resolución.
 2. Ámbito objetivo de aplicación.
- VII. Conclusión.

Verónica Ester Casas

El arbitraje como cauce de resolución de conflictos en los contratos privados de la Administración y demás entes públicos 591

- I. Introducción.
- II. Carácter voluntario y necesidad de control judicial de la actuación administrativa para conciliar el arbitraje con el derecho a la tutela judicial efectiva.



- III. De los límites a que se encuentra sujeta la Administración para someter sus conflictos a arbitraje.
 - 1. Requisitos formales para arbitrar o transigir sobre los derechos de la Hacienda Pública o sobre los derechos patrimoniales de la Administración.
 - 2. Límite sustantivo o material de la indisponibilidad de la materia sobre la que verse el arbitraje.
- IV. Contratos privados de la Administración.
 - 1. El giro restrictivo operado por la LCSP 2017 respecto del arbitraje en la contratación pública.
 - 2. De la clasificación de los contratos celebrados por la Administración y los entes del sector público en administrativos y privados.
 - 3. Régimen jurídico aplicable a los contratos privados. En particular, los llamados actos separables.
- V. Supuestos en que es posible y límites al arbitraje en los contratos privados de la Administración.
- VI. Conclusiones.

Leandro Martínez–Cardós Ruiz

Contratación pública en los ámbitos de la defensa y de la seguridad 609

- I. Los contratos en el ámbito de la defensa y de la seguridad.
 - 1. El art. 346 TFUE.
 - 2. La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.
 - 3. Ámbito de aplicación de la Ley 24/2011.
 - 4. Integración de la Ley 24/2011. Supletoriedad de la legislación de contratos del sector público.
 - 5. Criterios de interpretación de la Ley 24/2011.
 - 6. Especialidades de la regulación en el ámbito de los contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.
 - 7. Negocios jurídicos excluidos de la Ley 24/2011.
 - 8. Negocios jurídicos excluidos y su régimen jurídico supletorio.
 - 9. El arbitraje y la Ley 24/2011.
- II. Los contratos gobierno a gobierno.
 - 1. Concepto.
 - 2. Carácter contractual o normativo de los contratos gobierno a gobierno.
 - 3. Estructura de los contratos gobierno a gobierno: relaciones horizontal y vertical.
 - 4. La relación horizontal del contrato gobierno a gobierno.
 - 5. La relación vertical del contrato gobierno a gobierno.
 - 6. Calificación jurídica y contenido del contrato gobierno a gobierno.
 - A) El contrato entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero (relación horizontal).
 - B) Los contratos con las empresas nacionales (relación vertical).



Javier Vázquez Matilla

**Contratos en el ámbito de investigación,
el desarrollo y la innovación 635**

- I. Introducción.
- II. Concepto y modalidades de compra de innovación.
 - 1. Concepto.
 - 2. Compra precomercial.
 - 3. Compra pública de tecnología innovadora.
- III. El arbitraje en la compra pública de innovación.
 - 1. Previsiones legales en relación con la actividad de compra pública.
 - 2. Aplicación del arbitraje en la compra de innovación.
 - A) El arbitraje en la compra precomercial y sus posibilidades.
 - B) Arbitraje en la Compra Pública de Tecnología Innovadora.
- IV. Conclusiones.

Beatriz Vázquez Fernández

El arbitraje en la solución a los conflictos de los contratos menores 651

- I. Introducción.
- II. Impugnación del contrato menor.
 - 1. Impugnación en la fase de adjudicación.
 - 2. Impugnación en la fase de ejecución.
 - 3. Instrumentos ordinarios de impugnación.
- III. El arbitraje como instrumento de solución a los conflictos en los contratos menores.
- IV. Conclusiones.

Isaac Salama Salama e Ignacio Zurdo

Ejecución de los contratos públicos 667

- I. Fases en la contratación del sector público.
- II. Arbitrabilidad de los conflictos que puedan surgir en la ejecución de los contratos privados del sector público.
 - 1. Previsiones legales.
 - 2. Ejemplos concretos.
- III. Tipos de contratos y regulación de su ejecución.
 - 1. Clasificación de los contratos.
 - 2. Normas aplicables a la ejecución de los contratos susceptibles de arbitraje.
- IV. Ejecución de los contratos de concesión de obras, de concesión de servicios, de suministro y de servicios del sector público.



- V. Ejecución de los contratos de obras del sector público.
 - 1. Controversias entre las partes y su solución.
 - 2. Principio general al que pueden reducirse las incidencias y las consiguientes controversias.
 - 3. Inicio de las obras.
 - 4. Suspensiones totales o parciales de la ejecución de las obras.
 - 5. Modificados.
 - 6. Conceptos indemnizables. Valoración de los informes periciales.

Borja Fernández Burgueño y Fernando Calancha Marzana

La inclusión de cláusulas arbitrales en los pliegos de contratos

del sector público 689

- I. Introducción.
- II. Marco legal.
- III. El arbitraje de contratos del sector público.
 - 1. Ámbito subjetivo del arbitraje de contratos públicos bajo la LCSP.
 - 2. Materias arbitrables en la contratación pública.
 - 3. Aplicación del Derecho de la Unión Europea en arbitrajes de contratos públicos.
 - 4. El convenio arbitral y su obligatoriedad para licitadores y órganos de contratación.
 - 5. Designación de árbitros.
 - 6. Autorización bajo la normativa presupuestaria y de Hacienda para someter una cuestión a arbitraje.
 - 7. Autorización bajo la normativa patrimonial y el demanio público como límite de la arbitrabilidad.
 - 8. El ejercicio de la potestad de revisión de oficio de la adjudicación de contratos públicos sujetos a cláusulas arbitrales.
 - 9. Sobre la (im)posibilidad de incluir cláusulas arbitrales en contratos administrativos: a propósito del Acuerdo del TACPA n.º 1/2022, de 11 de enero de 2022.
- IV. El arbitraje de contratos de sectores excluidos.

José Carlos Fernández Rozas

Arbitraje y contratos públicos en las transacciones comerciales internacionales 715

- I. Superación de las reticencias gubernamentales a la internacionalización de los contratos de Estado.
 - 1. El Estado como partícipe contractual transacciones internacionales.
 - 2. Consolidación de la práctica.
- II. Tipología contractual.
 - 1. Problemas de delimitación.
 - 2. Bloques normativos implicados.
 - A) Perspectiva multilateral.
 - B) Perspectiva de la Unión Europea.



- III. Una nueva manifestación conflictividad internacional.
 - 1. Expansión del arbitraje en la contratación pública internacional.
 - 2. Pros y contras de su aceptación.
 - 3. Estrategias.
- IV. Arbitrabilidad de la contratación pública internacional.
 - 1. Admisión progresiva.
 - 2. Situación del Derecho español.
- V. Implantación del arbitraje.
 - 1. Esfuerzos para conciliar la dicotomía entre lo público y lo privado.
 - 2. Validez y aceptación.
- VI. Individualización de los problemas en presencia.
 - 1. Negociación del contrato.
 - 2. Ámbito del convenio arbitral.
 - A) Particularidades.
 - B) Redacción.
 - C) Efectos.
- VII. Consideraciones finales.

Otras manifestaciones del arbitraje administrativo

Antonio Ramón Rodríguez Castaño

El arbitraje en las ayudas y subvenciones públicas 749

- I. Introducción.
- II. Técnica subvencional.
- III. El arbitraje en las subvenciones.
- IV. Las ayudas.
- V. Conclusiones.

Ernesto Benito Sancho

Funciones arbitrales de Derecho privado de la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia 767

- I. Introducción.
- II. Habilitación legal de la función arbitral de la CNMC.
- III. Ámbito de aplicación y valoración inicial de la figura.
- IV. La aplicación práctica y delimitación jurisprudencial de las funciones arbitrales de la CNMC.



- V. Modelo previsto en el reglamento de arbitraje de la CNMC.
- VI. Regulación del Reglamento de arbitraje de la CNMC.
 - 1. Ámbito de aplicación. Materia arbitrable.
 - 2. “Órgano arbitral” y tramitación del procedimiento. Lugar e idioma del arbitraje.
 - A) Órgano arbitral.
 - B) Órgano encargado de la tramitación del procedimiento arbitral.
 - C) Lugar e idioma del arbitraje.
 - 3. Comunicaciones y cómputo de plazos.
 - 4. Aplicación subsidiaria de la Ley de Arbitraje.
 - 5. Procedimiento.
- VII. Conclusión.

María Guinot Barona

Convenios sobre reclamaciones de cantidad:

expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial 783

- I. Introducción: la arbitrabilidad de la fijación del quantum indemnizatorio.
- II. Convenios expropiatorios.
 - 1. Convenios previos al expediente expropiatorio.
 - 2. Convenios expropiatorios.
 - A) Antecedentes y regulación del convenio expropiatorio.
 - B) Naturaleza jurídica.
 - C) Contenido.
 - D) Reglas de valoración.
 - E) Requisitos y formalidades.
 - F) Efectos.
 - G) Invalidez e impugnación.
- III. Convenios sobre reclamación de cantidad.

Paula Vicente–Arche Coloma

El arbitraje en materia tributaria en España: viabilidad de su implementación 799

- I. Planteamiento de la cuestión. La conflictividad en materia tributaria y la necesidad de introducir medidas para evitarla.
- II. Breve recorrido sobre el proceso de implantación del arbitraje en materia tributaria en España.
- III. Marco legal básico de la utilización de técnicas convencionales en el ámbito tributario en España, con especial referencia al arbitraje.
- IV. Exigencias previas a la admisibilidad del arbitraje tributario: su compatibilidad con los principios constitucionales que inciden en la materia.
- V. En concreto, la disponibilidad de la materia y su compatibilidad con el principio de legalidad.
- VI. Un posible punto de partida: el arbitraje tributario voluntario de Portugal como modelo.
- VII. Consideraciones finales.



Rafael Mateu de Ros

Autenticidad y arbitraje en las compraventas de obras de arte.

Algunos casos prácticos 819

- I. Autenticidad y arbitraje en las compraventas de obras de arte.
- II. Algunos casos prácticos.
 1. La Dama de oro. Mrs. Altman vs. República de Austria.
 2. El asunto Bouvier y el Salvator Mundi atribuido a Leonardo da Vinci.
 3. Los casos fin de jornada de Sorolla y Retrato de Clérigo atribuido a Velázquez.
 4. El Galeón San Jose.
 5. El asunto Cassirer vs. Fundación–Museo Nacional Thyssen Bornemisza.

Juan Ramón Montero Estévez

La despubblicación del Derecho deportivo y el arbitraje 839

- I. Introducción.
 1. La especialidad del Derecho deportivo.
 2. Desarrollo de la intervención pública en el deporte.
- II. Ubicación y actualidad del arbitraje deportivo.
- III. El arbitraje deportivo en el entorno de su marco regulador en España y el contexto internacional.
- IV. Resolución extrajudicial de los conflictos en el deporte.
- V. Despubblicación de la nueva Ley del Deporte de 2022.
- VI. Conclusiones.

José Antonio Morillo-Velarde del Peso

El arbitraje en el sistema portuario de interés general 859

- I. Introducción.
- II. Materias susceptibles de arbitraje.
 1. Planteamiento.
 2. Ámbito objetivo susceptible de arbitraje.
 3. Especial referencia a la contratación de los organismos públicos portuarios.
 - A) Idea general.
 - B) Materias arbitrables y no arbitrables en la contratación portuaria.
- III. Procedimiento para acordar el arbitraje en los organismos públicos portuarios.
- IV. El “acto separable” en el acuerdo compromisorio.
- V. A modo de conclusión.



Articulación constitucional y arbitrabilidad

Afectación del arbitraje administrativo al principio de legalidad y al principio de control judicial

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL INTERÉS POR EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

ME inicié en el mundo del Derecho administrativo y de la investigación académica a principios de los años noventa del siglo XX. En la actualidad, tercera década del siglo XXI, los grandes campos de batalla o los lugares de interés que al menos en parte quedan más allá de donde terminan los mapas, es decir, los grandes focos de atención doctrinal administrativista, son temas como la sostenibilidad ambiental y social (donde se puede encontrar desde la protección y el uso racional de los recursos naturales, hasta la gestión de fronteras y el fenómeno migratorio), la transparencia en la actuación de los poderes públicos, o la interacción entre lo jurídico y la inteligencia artificial. Sin embargo, en aquellos ya lejanos tiempos finiseculares, las principales cuestiones eran otras; se trataba de cuestiones como la novedosa descentralización ejecutiva y legislativa (consecuencia del casi recién estrenado régimen constitucional), el tradicional fenómeno de la “huida del Derecho administrativo” (de virulencia progresivamente decreciente tras nuestro ingreso en la estructura internacional que hoy conocemos como Unión Europea), y la sobrecarga de asuntos y la lentitud que aquejaban la jurisdicción contencioso-administrativa arrastrándola a una situación próxima al colapso.

A título representativo de la visión doctrinal y profesional de la época sobre los problemas que entonces padecía esta jurisdicción y las fórmulas propuestas para solventarlos, véanse las “Conclusiones de Seminario de la Magdalena sobre la reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativa” (*Revista de Administración Pública*, nº 141, 1996, pp. 429–433), Seminario celebrado en Santander entre el 9 y el 13 de septiembre de 1996 y dirigido por los profesores Eduardo García de Enterría, Luís Martín Rebollo, Tomás Ramón Fernández Rodríguez, Luís Martín Rebollo y Raúl Bocanegra Sierra.

Para hacer frente a esta última enfermedad, el legislador estatal fue ensayando diversos tratamientos en el ámbito contencioso-administrativo (judicial) y en el ámbito administrativo (pre-judicial).

En el ámbito judicial, la primera maniobra fue reducir la sobrecarga del Tribunal Supremo. Así, con la Ley 10/1992, de 30 de abril, *de Medidas Urgentes de Reforma Procesal* (reforma bien orientada, pero por sí sola insuficiente para conseguir todos los efectos



deseados) la Sala Tercera del Tribunal Supremo dejó de ser una Sala de única y segunda instancia, para convertirse en una sala de única instancia y de casación. Tras ello, y ante la presión sobre el Supremo, que no cesaba, el legislador emprendió una muy poco edificante carrera hacia la elevación de las cuantías para acceder en casación, que sirvió quizá no tanto para reducir la carga de trabajo del Alto Tribunal, como para alimentar la idea de que la sala tercera del Supremo se estaba convirtiendo, por mor de una criticable labor legislativa, en un *tribunal para ricos*. Al final, la desaparición de la cuantía como límite y la llegada del criterio del interés casacional acabó con esta, en mi opinión, criticable tendencia legislativa.

En 1992, la cuantía para acceder en casación se fijó en 6.000.000 de pesetas (redondeando, 36.000 euros); con la derogación de vieja ley jurisdiccional de 1956 por el nuevo texto de la Ley 29/1998, la cuantía ascendió a 25.000.000 de pesetas (aproximadamente, 150.000 euros); los 150.000 euros se mantuvieron como referencia hasta que, en el año 2009, un nuevo salto normativo situó el listón en 600.000 euros. La L.O. 7/2015, de 21 de julio, sustituyó la cuantía por el interés casacional

Ese mismo año llegó el segundo paso, más ambicioso: la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo común*, cuyos arts. 88 y 107.2º (hoy, arts. 86 y 112.2º Ley 39/2015) impulsaban la terminación convencional del procedimiento y cauces alternativos a los tradicionales recursos administrativos de alzada y reposición. Más allá del gran interés doctrinal que estos preceptos despertaron en el ámbito administrativo y tributario, y más allá de las numerosas normas (legales y reglamentarias, estatales y autonómicas) que concretaron sectorialmente sus previsiones, la realidad fue que la incidencia de esta reforma legal en la reducción de la litigiosidad contencioso-administrativa fue, siendo generosos, limitada.

Es a partir de 1998 cuando una serie de medidas edificantes dirigidas a mejorar la eficiencia de la dinámica procedimental contencioso-administrativa y a distribuir mejor la carga de asuntos (como la introducción de la oralidad, de los juzgados de lo contencioso-administrativo, de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, el incremento de la plantilla judicial...) y cuando otras medidas, en mi opinión, no tan edificantes, dirigidas a desincentivar económicamente el ejercicio del derecho al recurso contencioso-administrativo (el cambio del tradicional criterio de la condena en costas en primera o única instancia y los vaivenes con las tasas judiciales) acabaron por reconducir esta jurisdicción a unos niveles de carga y pendencia razonables.

Llegados hasta aquí, ¿cómo encaja en este contexto el “arbitraje”? Y cuando hablo de arbitraje me refiero al arbitraje de verdad, es decir, a un sistema de heterocomposición alternativo al proceso por el que dos personas en conflicto jurídico pueden decidir someter su controversia, previo convenio voluntario entre ellas, a la decisión de personas, órganos o entidades diferentes de las que integran el poder judicial (árbitros) cuya decisión (laudo) está legalmente dotada de fuerza de cosa juzgada (en este sentido, Bustillo, 2010, 447; o Soto, 2019, 340). En palabras del TC, se trata de un “equivalente jurisdiccional” (SSTC 288/1993, 62/1991, 31/2010 o 65/2020, entre otras), calificativo que no puede automáticamente extenderse a todos los efectos, sino, que se encuentra, en principio, limitado a la cosa juzgada y la ejecutividad; como se explica en el F.J. 3º de la STC 65/2021, de 15 de marzo:



“(…) hay que advertir que extender la idea del arbitraje como ‘equivalente jurisdiccional’ más allá de su equivalencia en cuanto a sus efectos, es decir, a la cosa juzgada y a su ejecutividad, es tanto como hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales. Esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos.

“Por ello, y por la confusión que pudiera generar la expresión ‘equivalente jurisdiccional’, a la que se hace referencia en la citada STC 17/2021, el tribunal insiste en que la semejanza entre ambos tipos de decisión —judicial y arbitral— no alcanza más allá de aquellos efectos y en que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (art. 117 CE). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto”.

Pues bien, es en el descrito contexto de finales del XX, en ese momento de impulso de los medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos, donde crece el interés por el arbitraje en el Derecho administrativo español. Hoy las cosas son algo diferentes, pues aquella coyuntural situación de sobrecarga y dilaciones en ocasiones difícilmente justificables en términos de tutela judicial efectiva, ha sido superada. La jurisdicción contencioso-administrativa (jurisdicción ordinaria, pero especializada) funciona con normalidad, con unos lapsos de tiempo razonables. La suma de la razonabilidad de los plazos, de la especialización de jueces y magistrados, y del hecho de que el eventual retraso en dictar sentencia con frecuencia beneficia (en función del juego de la tutela cautelar) a una de las dos partes, da lugar a que el interés del arbitraje en el ámbito administrativo no alcance los niveles que toca en otros sectores, sin perjuicio del interés que de forma inalterada sigue desplegando esta institución cuando en función de las características de la relación jurídica concreta, puede ya a priori aparecer como una vía potencialmente más eficaz o menos problemática, como sucede con la contratación pública con personas físicas jurídicas o privadas domiciliadas en el extranjero.

II. DESARROLLO

1. El sometimiento de la Administración pública a arbitraje es conforme a la Constitución, pero el análisis de sus límites y posibilidades no puede agotarse en los arts. 24 y 117.3º CE

LA constitucionalidad del arbitraje entre sujetos de Derecho privado, su perfecto encaje con la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, es cuestión respaldada sin fisuras por la jurisprudencia del TC invocando siempre como presupuesto la autonomía de voluntad de las partes. Así, por ejemplo, el FJ 4º de la STC 76/1996, de 11 de noviembre, señala que:



“el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es ‘un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1ºCE) (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan solo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será solo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)” (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3)”.

Sin embargo, para la admisión constitucional del sometimiento de Administraciones Públicas a arbitraje y para la determinación de posibles límites constitucionales a tal posibilidad, la consideración de tal jurisprudencia no es suficiente. Y es que todas estas resoluciones del TC se refieren al arbitraje entre personas físicas o jurídicas de Derecho privado, tomando en consideración normalmente el art. 24 CE y, en ocasiones, el art. 117.3º. Pero cuando se habla del sometimiento a arbitraje de Administraciones públicas es preciso considerar también los arts. 103 y 106 CE, preceptos que afectan específicamente a la actividad de la Administración Pública, a su sometimiento a la legalidad y a su control por los órganos judiciales, artículos constitucionales ajenos a cualquier conflicto entre sujetos privados y que no pueden no ser considerados cuando una de las partes en conflicto es un sujeto de Derecho público.

El planteamiento es el siguiente. De acuerdo con el art. 103.1º CE, “la Administración sirve con objetividad los intereses generales [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. La actividad desplegada por la Administración es controlada por los Tribunales conforme el art. 106.1 CE. Es decir, la *Administración* tiene el deber de *actuar* (aprobandos reglamentos, emitiendo actos administrativos y otros actos jurídicos unilaterales, celebrando contratos, realizando actuaciones materiales) sirviendo los intereses generales (art. 103.1º CE), y los *Tribunales controlan* esa actividad (art. 106.1 CE), ¿en qué lugar y cómo encaja en tal esquema el *arbitraje*?

Adviértase que los arts. 103.1º y 106.1º se refieren a toda la actividad administrativa, a toda, no distinguen entre actividad sujeta al Derecho administrativo, o al civil o al social... Eso significa que las reflexiones sobre las exigencias de estos preceptos se deben, en principio, proyectar sobre toda la actividad administrativa y no solo sobre la regulada por el Derecho administrativo o la controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa; otra cosa serán las implicaciones que puedan derivarse de la normativa europea o infraconstitucional aplicable en cada caso.

A estos efectos, los eventuales límites que puedan derivarse de la consideración de los arts. 103 y 106 CE (sin perjuicio de los efectos que puedan derivarse de previsiones legales) afectan a las propias Administraciones públicas, pero no a las entidades privadas



participadas íntegra o mayoritariamente por ellas. Por tal motivo, aunque entiendo acertada la STS 1ª 6 de marzo de 1987, al admitir la posibilidad del sometimiento a arbitraje de una controversia entre varios particulares y una sociedad anónima de titularidad estatal, no me parece acertado que los argumentos de este pronunciamiento judicial de la Sala de lo Civil del TS se extrapolen, sin más, a personas jurídico-públicas con régimen de Derecho privado, ni a la actividad privada de otras Administraciones Públicas, puesto que, por muy privado que sea su régimen o su actividad, mientras de Administraciones públicas se trate, seguirán sometidas a las prescripciones de los arts. 103.1º y 106.1º CE y sus contenidos e implicaciones deberán seguir siendo considerados.

*2. ¿La vinculación positiva de la Administración a la Ley y al Derecho
–art. 103.1º CE– limita las posibilidades del sometimiento
de la Administración a arbitraje?*

Por lo que al art. 103.1º se refiere, repárese, de entrada, en un hecho capital: el árbitro no desplaza a la Administración, sino a los jueces y tribunales, por lo que el desarrollo de sus funciones por parte del árbitro no sustituye a la actividad administrativa, sino a la actividad de control judicial de dicha actividad. En consecuencia, en la medida en que el art. 103.1º de lo que habla de la finalidad de la actividad administrativa (servir los intereses generales) y de algunos de sus principios (entre ellos, el de vinculación positiva al Derecho), pero no de su control, la incidencia de este precepto en limitar la posibilidad y delimitación del sometimiento de la administración a arbitraje queda, en mi opinión, reducida a dos cuestiones.

La primera, es que, a la vista del inciso final del art. 103.1º CE (“con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”), para que una Administración pública pueda plantearse la posibilidad de celebrar con otro sujeto un convenio arbitral, el arbitraje debe estar previsto legalmente entre los medios jurídicos disponibles para esa Administración; es decir, para celebrar un convenio arbitral por parte de la Administración que sea y en relación con el asunto que sea, el art. 103.1 exige que la Administración pueda invocar un precepto legal que le habilite expresamente a celebrar ese negocio jurídico (como, por ejemplo, los arts. 7.3, 98.3 y 116.b Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; o preceptos equivalentes en las legislación autonómica; o el art. 216.4 y tercer párrafo de la Disp. Adic. primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

A la vista de todas estas referencias legislativas, resulta sorprendente un párrafo del F.J. 11 de la STC 140/2016, de 21 de julio en el que se afirma que “el legislador ha reducido la posibilidad de sometimiento a arbitraje en los conflictos administrativos, solamente a los planteados entre sus propios órganos (disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003)”, pues (sin necesidad de entrar ahora en otras consideraciones) como se acaba de exponer en el texto, hay en el Ordenamiento jurídico español varias leyes –algunas con precedentes legislativos y arraigo en nuestro Derecho público– que reconocen la posibilidad de sometimiento de conflictos entre Administraciones Públicas y ciudadanos a arbitraje. Sobre el reproducido párrafo del TC (muy interesante y útil a otros efectos) volveré más adelante.



La segunda, que ese inciso final del art. 103.1º puede suponer un límite a la admisibilidad del sometimiento de la Administración a arbitraje de equidad. Pues una cosa es (como veremos en el apartado siguiente) que pueda admitirse la sustitución de los Tribunales por un árbitro que puede aportar no menos garantías de imparcialidad y conocimiento que los jueces y magistrados, y otra cosa es que esa sustitución orgánica venga acompañada de un cambio de las reglas del juego que pueda justificar una solución del conflicto justificada en reglas y principios diferentes de los que debería aplicar un juez, pues eso sería tanto como convertir lo que en principio son normas jurídicas imperativas que disciplinan el funcionamiento de la Administración en normas dispositivas que las partes en conflicto pueden decidir que se apliquen o no, en función de las circunstancias. ¿Puede realizarse válidamente tal operación por el legislador sin violentar la CE? No me parece una opción fácil de admitir, y en caso de que fuera constitucionalmente admisible, no me parece, de entrada, una buena solución legislativa, pues estaríamos utilizando la legalidad para abrir la posibilidad de sustituir la propia legalidad por otra cosa diferente; sería como si el legislador dijera “todas estas normas de derecho imperativo (por ejemplo, normas tributarias y presupuestarias, adjudicación de contratos...) seguirán siendo de derecho imperativo, salvo que en caso de conflicto, la Administración celebre con el interesado un sometimiento a arbitraje de equidad, en cuyo caso, se convertirán en normas de derecho dispositivo y el árbitro podrá válidamente motivar y dictar un laudo en sentido contrario al que resultaría de la aplicación de la ley”; y si el legislador posibilitara tal resultado, sería, en mi opinión, como si se estuviera haciendo trampas a sí mismo. Pero, en todo caso, en la medida en que el TC todavía no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el asunto, no deja de ser un tema abierto.

3. ¿El control judicial de la actividad administrativa –art. 106.1º CE– limita las posibilidades del sometimiento de la Administración a arbitraje?

Durante mucho tiempo, la contundencia de la referencia del art. 106.1 a los “Tribunales”, con mayúsculas, como responsables del control de la actividad administrativa, me llevó no a negar, pero sí a cuestionar, la admisibilidad constitucional de que las Administraciones públicas a través de un convenio pudieran desplazar a los Tribunales y sustituirlos por un equivalente.

Desde mi tesis doctoral, dirigida por Luís Martín Rebollo y defendida en Santander el 12 de julio de 1999 con el título *Convenios, pactos y acuerdos entre la Administración y los particulares en el Derecho público español: los convenios de naturaleza contractual (Concepto, delimitación y régimen jurídico)*, hasta la última edición de la monografía que recoge la parte sustancial de tal estudio (Bustillo Bolado, 2020, 454).

La lectura de la apasionada e inteligente monografía que desde A Coruña dedicó en 2011 Marta García Pérez al arbitraje (García Pérez, 2011) despejaron mis dudas al respecto de forma positiva, y así tuve la posibilidad de manifestarlo en la ponencia que dediqué a la solución extrajudicial de conflictos en el X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo de celebrado en Madrid en 2015 (Bustillo, 2015).



El art. 106.1 CE no creo, por tanto, que pueda ser esgrimido con eficacia como argumento contra la admisibilidad constitucional del arbitraje, aunque, en mi opinión, si pueda ser importante su consideración (aislado o combinado con el art. 24 CE) a los efectos de delimitar el ámbito de la materia que podría ser sometida a arbitraje sin perturbar límites constitucionales.

Aunque todavía tal cuestión no ha formado parte de la *ratio decidendi* de ninguna sentencia del Tribunal Constitucional, sí es cierto que a modo de *obiter dicta* el Constitucional ya ha venido a admitir en alguna ocasión que el legislador pueda prever el sometimiento a arbitraje de conflictos entre Administraciones Públicas y ciudadanos; al respecto, véase la nota a pie nº 3 en relación con el F.J. 11 de la STC 140/2016.

Y es que cuando desde la doctrina administrativista se ha estudiado y se han realizado propuestas sobre los posibles límites del arbitraje, durante mucho tiempo la tendencia mayoritaria fue tomar como punto de partida el análisis del art. 103.1 CE; sin embargo, como ya se ha explicado, los árbitros no sustituyen a la Administración, sino a los jueces y tribunales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el control de la actividad administrativa (art. 106.1 CE). En tiendo, por tanto, que las reflexiones sobre el posible ámbito material del arbitraje deben realizarse poniendo el acento no tanto en la *actividad administrativa* como en su *control*.

Hasta ahora, siempre que al TC se le ha ofrecido ocasión, ha sentado que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, y que ello es requisito *sine qua non* para poder sustituir en casos concretos el proceso judicial por el arbitraje sin violentar el art. 24 CE; la conculcación de la tutela judicial efectiva de un sujeto se produciría si éste viera cómo un asunto que afecta su esfera jurídica amparada por el art. 24 CE se somete a un árbitro u órgano arbitral sin contar con su consentimiento. De la misma manera, entiendo que el art. 106.1º CE se vulneraría si al sustituirse el proceso judicial por el arbitral mediante un convenio, ello perjudicara los derechos impugnatorios de otros interesados no incluidos en dicho convenio arbitral.

Las consecuencias de la consideración de ambos preceptos constitucionales se ven con mayor claridad si se ponen en relación con los siguientes supuestos:

- a) *Conflicto surgido por una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo a un funcionario público.* Entiendo que en este caso no hay ningún obstáculo constitucional al arbitraje. Se puede decir que el recurrente tiene desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad plena disponibilidad sobre la acción. Además, en directa relación con lo anterior, los efectos de la sentencia o del laudo arbitral no se desplegarían más allá de las respectivas esferas jurídicas de la Administración y el funcionario sancionado.
- b) *Conflicto surgido por la pretendida reversión de un bien inmueble expropiado a tres copropietarios en régimen de proindivisión.* Aquí también sería posible el arbitraje, siempre y cuando los tres copropietarios se pusieran de acuerdo en la firma del convenio. Ninguno tiene por sí solo la plena disponibilidad sobre la acción.



Bastaría con la no concurrencia de la voluntad de uno de los copropietarios para que el respeto a la tutela judicial efectiva excluyera la solución arbitral.

- c) *Impugnación de una convocatoria de oposiciones.* Una convocatoria de oposiciones es un claro ejemplo de acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de personas (y, a la vez, un acto integrante de un procedimiento selectivo). Esta indeterminación de los numerosos potenciales recurrentes conlleva que ninguno de ellos por sí mismo tenga disponibilidad sobre el objeto de la controversia. La tutela judicial efectiva de todos y cada uno de los potenciales recurrente, cuya voluntad sería necesaria para fundamentar un convenio arbitral, excluiría la posibilidad del arbitraje.
- d) *Impugnación de un reglamento.* La pluralidad de destinatarios y, con ella, la indeterminación de los potenciales sujetos activos, conducen igualmente a excluir la solución arbitral.
- e) *Ejercicio de la acción pública.* Desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, existe un interés legítimo en hacer uso de la acción pública en aquellos ámbitos en los que esté legalmente reconocida. Como dice la STC 362/1994, de 12 de diciembre, en su FJ 2º:

“Como en múltiples ocasiones ha declarado este Tribunal, el primer contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 115/9184, 34/1994, 40/1994 entre otras). En concreto puede aceptarse que entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el art. 125 CE (SSTC 62/1983, 147/1985 40/1994)”.

Por ello, entiendo que al ser ilimitado el número de potenciales recurrentes que en ejercicio del derecho a la acción pública pueden actuar, resulta inadmisibles que un convenio arbitral celebrado entre la Administración y uno o algunos de los innumerables potenciales actores excluya la vía del control judicial.

En resumidas cuentas, y a la vista de los anteriores ejemplos, creo que un escrupuloso respeto a las exigencias de los arts. 24 y 106.1º CE supone considerar que sería admisible constitucionalmente arbitraje en conflictos con Administraciones públicas cuya resolución no afecte a la esfera jurídica amparada por el Derecho de terceros ajenos al convenio arbitral. Ello, en mi opinión, determina la inadmisibilidad de someter a arbitraje impugnaciones de reglamentos, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas, cualquier asunto en materias legalmente abiertas a la acción pública y conflictos en los que existiendo varios interesados no todos se ponen de acuerdo en acudir a la vía arbitral. Por el contrario, aunque existen cualificadas opiniones doctrinales en otro sentido, no creo que el art. 103 CE pueda sustentar por sí solo más restricciones. Sumar a los ámbitos numerados otros límites entiendo que, en caso de considerarlo oportuno, le correspondería al legislador.



Resulta a este respecto muy interesante y convincente el planteamiento de Covadonga Ballesteros, a quien la consideración de la naturaleza contractual de los convenios arbitrales le conduce al mismo resultado. Explica la hoy profesora de la Universidad Complutense de Madrid que

“el convenio arbitral, en tanto tiene un carácter contractual, está regido por las normas generales de los contratos y, como en todo contrato, el consentimiento es un requisito esencial de validez. Las partes contendientes, por otra parte, solo pueden contratar sobre aquello de lo que pueden disponer, lo que significa que deben quedar fuera de convenio arbitral los derechos de terceros ajenos al mismo [...] En consecuencia, únicamente podrá promoverse arbitraje cuando no se vean implicados en la contienda intereses de terceros. Esta es una exigencia básica del principio de voluntariedad del arbitraje [...] Este criterio de no afectación a terceros es, sin duda, esencial para dilucidar las posibilidades de un arbitraje de Derecho público” (Ballesteros, 2017, 187).

Desde estos planteamientos, la profesora Ballesteros ejemplifica la no admisibilidad de arbitraje en supuestos como la impugnación de disposiciones generales, o actos administrativos dirigidos a una pluralidad de personas, las cuestiones objeto de acción popular o (salvo excepciones que explica) las que fueran de interés colectivo (Ballesteros, 2017, 187).

III. CONSIDERACIONES FINALES: LA NECESIDAD DE UNA LEY QUE REGULE EL SOMETIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A ARBITRAJE

PARA que, respetando siempre los límites constitucionales, una Administración pública pueda celebrar válidamente un convenio mediante el cual se sustituye el control judicial de una controversia concreta por una decisión arbitral, es necesario que exista una norma jurídica que le habilite (eso, ya hemos visto que es consecuencia del inciso final del art. 103.1º CE). En la actualidad, las Administraciones públicas españolas cuentan con amplísimas habilitaciones legales genéricas en los arts. 7.3º, 98.3º, 116.b de la estatal Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y en sus equivalentes autonómicos, que abren la posibilidad de arbitrajes (con ciertos límites o requisitos formales) en relación con derechos de la hacienda pública, y con específicas habilitaciones legales en materia contractual (art. 216.4º y tercer párrafo de la Disp. Adic. primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

Al respecto, señala con toda corrección el Consejo de Estado en su dictamen de 23/11/2023 (Ref. 1176/2023) que “la posibilidad de sumisión a arbitraje de los conflictos que surjan entre las partes de un contrato en relación con su interpretación o ejecución no se encuentra genéricamente recogida en la LCSP, que únicamente la menciona de forma expresa en su disposición adicional primera. En ella se recoge el régimen jurídico de la ‘contratación en el extranjero’, aplicable, según declara el primer apartado, a ‘los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero’. En particular, cuando tales contratos se celebren ‘con empresas extranjeras, se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir’. No obstante, ‘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’.

Unos párrafos después, sin embargo, el Consejo de Estado añade otra reflexión cuyo contenido debe ser matizado, si no se quiere contradecir la vinculación positiva del inciso final del art. 103.1º CE. Señala el alto órgano consultivo del Gobierno que “en todo caso, la ausencia en la LCSP de cualquier otra mención al arbitraje no puede en modo alguno interpretarse como una prohibición explícita de acudir a esta específica vía de resolución de los conflictos surgidos en relación con la interpretación o ejecución de los contratos. A este respecto, resulta reveladora la supresión, en la vigente ley, de la regla contenida en el art. 50 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a cuyo tenor ‘los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren’. La eliminación de una previsión que de forma clara limitaba la posibilidad de acudir a este mecanismo de resolución a entes que no tuvieran naturaleza de Administración pública –que, a su vez, procedía en su literalidad de la contenida en el art. 320 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público– permite interpretar que, bajo la vigente LCSP, esta posibilidad no se encuentra vedada”.

El contenido de tal párrafo debe entenderse en el sentido de que como la LCSP no prohíbe el uso del arbitraje, nada impide que las normas reglamentarias estatales o las normativas autonómicas amplíen las posibilidades del arbitraje más allá de las propias previsiones de la LCSP; pero en modo alguno puede entenderse que esa falta de prohibición supone una habilitación para que directamente se puedan someter a arbitraje conflictos sobre contratos con Administraciones Públicas sin contar con una norma expresa habilitante, pues para que una Administración pública pueda recurrir al arbitraje (o a cualquier otro mecanismo jurídico) no basta con que “no esté prohibido”, es necesario que esté expresamente permitido; así lo ha afirmado en numerosas ocasiones la jurisprudencia del Constitucional y de la Sala Tercera del Supremo; valgan como referencia, entre las más recientes, el F.J. 3º de la STS de 17 de junio de 2020 y el F.J. 4º de la STS 26 de mayo de 2020.:

“no existe en nuestro Derecho ningún espacio franco o libre de la Ley, en el que puedan actuar poderes públicos. Abundando en lo que afirma el FJ 4 c) de la STC 42/2014, la Constitución se fundamenta en el principio de vinculación positiva de todas las Administraciones públicas al principio de legalidad. Así resulta de los arts. 9.1º (...) y del art. 103.1º CE [...], lo que alude a una conformidad total de la actuación a las normas y a los principios que las inspiran y no una libertad básica de actuación con el único límite externo de las normas mismas”.

Una vez salvada la exigencia constitucional de la vinculación positiva del art. 103.1º CE para poder sustituir el control judicial del art. 106.1º CE por un equivalente jurisdiccional, es necesario determinar el régimen jurídico del convenio arbitral y el del propio arbitraje ¿qué requisitos formales y materiales debe cumplir el convenio?, ¿quiénes pueden ser árbitros?, ¿a qué régimen se someten las medidas cautelares?, ¿en qué casos la validez del laudo arbitral puede ser fiscalizada por órganos judiciales?... Las específicas normas habilitantes existentes en el Derecho administrativo y en el Presupuestario español se limitan dar cobertura legal y a añadir límites o garantías de carácter competencial o formal (por ejemplo, exigir autorización mediante Real Decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del de Estado en pleno, art. 7.3 Ley 47/2003). Todo lo demás (es decir, prácticamente todo una vez que ha sido autorizado el sometimiento de una controversia concreta a arbitraje) debería estar contenido en una *Ley reguladora del sometimiento a arbitraje de conflictos con Administraciones Públicas* que (pese a algún frustrado intento *prelegislativo*) no existe. Por lo tanto, para componer el régimen jurídico de estos



convenios y de estos arbitrajes debemos acudir a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje*, norma jurídica que (a diferencia de la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*) no excluye de su ámbito el sometimiento de la Administración a arbitraje, pero que (al igual que la citada Ley 5/2012) está concebida pensando en Derecho privado y en sujetos de Derecho privado, no en las peculiaridades de las Administraciones públicas como personas jurídicas y en las del Derecho administrativo y Financiero a los que se somete buena parte de su actividad. Y ello da lugar a una serie importante de desajustes que dificultan la aplicación en estos casos de la Ley 60/2003; entre ellos:

- Al definir las controversias jurídicas susceptibles de ser reconducidas por las partes a la decisión de un árbitro, invoca las “materias de libre disposición” (art. 2.1º), expresión cuyo origen está en el art. 1255 del Código Civil, y que resultad del todo inapropiada e imprecisa para aplicar a unas personas jurídicas como las Administraciones Públicas cuya actuación no parte de los principios de libertad y autonomía de la voluntad, sino de los de vinculación positiva y competencia. La Ley debería concretar positivamente, dentro del marco constitucional, qué conflictos con la Administración deben quedar incluidos o excluidos del alcance del arbitraje.
- El art. 13 flexibiliza hasta el extremo la capacidad para ser árbitro, abriendo tal posibilidad a “las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”. Tal planteamiento tiene sentido en el contexto de relaciones e intereses de Derecho privado; pero en toda controversia en la que esté presente la Administración (incluso en las reguladas por el Derecho privado) están en juego los intereses generales (pues servir los intereses generales es el fin al que se orienta constitucionalmente sin excepciones toda la actividad administrativa, art. 103.1º CE), y es difícil admitir que por vía de un convenio una controversia en que están en juego los intereses generales pueda someterse a la decisión de un tercero sin que se exija y garantice legalmente por lo menos una formación y especialización equivalente a la que se exija a los titulares de los órganos judiciales llamados inicialmente a conocer del asunto.
- El art. 34 admite la posibilidad de arbitraje de equidad. Como ya se ha expuesto, es en términos constitucionales dudoso que un conflicto con la Administración pueda someterse a arbitraje de equidad, pues ello supondría admitir la posibilidad para el interesado que optó por el arbitraje de una solución arbitral distinta de la que obtienen el resto de los ciudadanos por aplicación (administrativa o judicial) de las normativa legal y reglamentaria que disciplina su relación jurídica con la Administración. Si la Administración debe actuar y motivar sus actos con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (sin que Ley y Derecho puedan ser sustituidos a voluntad o conveniencia por “la equidad” como alternativa), y si los órganos judiciales controlan la actividad administrativa aplicando esa Ley y ese Derecho (sin que puedan sustituir la fundamentación de la solución judicial por un criterio “equitativo” que se aparte de lo impuesto por la Ley), no creo que la equidad pueda admitirse como “guía” ni en fase de actuación administrativa, ni en



fase de control. Lo contrario podría tener repercusiones cuestionables a la vista del principio del sometimiento a la legalidad de la Administración y del principio de igualdad que se debe proyectar sobre todos los ciudadanos.

- El art. 37.7º establece el deber de los árbitros de notificar el laudo a las partes, lo que puede ser suficiente con carácter general para conflictos entre sujetos privados, pero no cuando lo que está en juego son los intereses generales. Ciertamente, nada impide que el laudo pueda hacerse público si las partes así lo pactan, pero la publicidad entiendo que debería ser un principio aplicable a todo laudo que resuelva aun conflicto en el que al menos una de las dos partes sea una Administración Pública.
- Por último, los contenidos de la Ley 60/2013 en materia de medidas cautelares y ejecución forzosa de los laudos resultan insuficientes.

En resumidas cuentas, los arts. 103.1º y 106.1º CE no impiden el sometimiento a arbitraje de conflictos jurídicos con Administraciones públicas, aunque si imponen una serie de límites o condicionantes (exigencia de habilitación legal, dificultades para admitir el arbitraje de equidad y exclusión de determinados ámbitos materiales –con muy dispares planteamientos doctrinales al respecto–); ahora bien, más allá de esos límites constitucionales, es necesaria una ley específica que regule y concrete el régimen jurídico de esta figura y que resuelva las muchas cuestiones que la vigente Ley 60/2003, *de arbitraje*, diseñada pensando en conflictos civiles y mercantiles nacionales e internacionales, no contempla.

Por lo demás, a la vista de circunstancias estructurales como las características propias del Derecho público español; la prerrogativa de la autotutela; la existencia de una jurisdicción ordinaria pero especializada como la contencioso-administrativa, que funciona razonablemente bien y rápido, aunque este último adjetivo, razonando con perspectiva histórica, no sea estructural, sino coyuntural; o la tradicional desconfianza legislativa hacia el arbitraje como forma de resolver conflictos que afecten a bienes y derechos de la Hacienda pública... a la vista de circunstancias estructurales como estas, digo, no creo que sea probable que el arbitraje se convierta en una alternativa potente frente al proceso judicial cuando hablamos de conflictos jurídicos con Administraciones Públicas; todo ello, sin perjuicio de que en ámbitos muy concretos sí puede jugar un papel muy útil, como, por ejemplo, la solución de conflictos en materia de contratos del sector público cuando el contratista de la Administración tenga su domicilio o sede social en el extranjero y se hayan incorporado al mismo cláusulas de arbitraje (párrafo tercero de la Disp. Adic. primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre).

Por último, en cuanto a la reducción de la litigiosidad administrativa, como ya he tenido ocasión de señalar en otras publicaciones, hay unas cuantas formas de conseguirla; muchas de ellas se han ensayado legislativamente en España (algunas muy plausibles, otras, en mi opinión, espurias; algunas con éxito, otras con escasa repercusión), pero ninguna sería tan loable en términos éticos y eficaz en términos prácticos como la sería consideración jurídica y ética del art. 103.1 CE como punto de partida: servir con objetividad los intereses generales implica, entre otros deberes (tanto para los empleados públicos como para los responsables políticos) el de escuchar (de verdad) al interesado y darle la razón



en vía administrativa cuando la tiene, lo que sucede en menos ocasiones de lo que fuera deseable (desarrollando esta idea, véase el § 3 de Bustillo, 2015). Como, en definitiva, de forma certera y elocuente se expresa desde el ámbito tributario,

“el Derecho público no atribuye al funcionario público el monopolio de la verdad. Es más, su tarea es tratar de afinar en su esfuerzo por desvelarla, no ‘contra’ el contribuyente, sino ‘con’ el contribuyente, para, llegando a un conocimiento de la realidad lo más aproximado que quepa, aplicar e interpretar la normativa que corresponda del modo más atinado posible” (Rozas, 2019, 50).

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS PANIZO, C.I., *El arbitraje de Derecho público*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., “Derecho administrativo y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad”, en LÓPEZ RAMÓN, F., cit., pp. 235–261.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., MARTÍN REBOLLO, L. y BOCANEGRA SIERRA, R., “Conclusiones de Seminario de la Magdalena sobre la reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública* nº 141, 1996, pp. 429–433.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coord.), *Documentos de trabajo 11/2019. VII Encuentro de Derecho Financiero y Tributario “Una estrategia global al servicio de la reducción de la conflictividad en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, 2019.
- GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (dir.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, INAP, 2015.
- ROZAS, J.A., “Conciliación y mediación tributaria”, en GARCÍA-HERRERA BLANCO, Cristina (coord.), cit., pp. 36–67.
- SOTO MOYA, Mª M., “A vueltas con la oportunidad del arbitraje tributario en España”, *Documentos de trabajo 11/2019. VII Encuentro de Derecho Financiero y Tributario “Una estrategia global al servicio de la reducción de la conflictividad en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, 2019.), cit. pp. 334–343.

Una sistemática bibliografía comentada sobre el tratamiento doctrinal de los ADR en la doctrina administrativista española (con una referencia específica al arbitraje) puede consultarse en la “Adenda” de mi trabajo “Derecho administrativo y solución extrajudicial de conflictos...”, 2015, cit. Un más amplio y actualizado listado de obras doctrinales españolas sobre el sometimiento de las Administraciones Públicas a arbitraje se encuentra en la bibliografía del libro de Covadonga Ballesteros *El arbitraje de Derecho público*, 2017, cit. Con posterioridad, sobre el arbitraje en España en el ámbito financiero y tributario, véanse, entre otros, Galapero Flores, R., “¿Es viable el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en materia tributaria?”, *Quincena Fiscal* nº 1–2, 2020, pp. 79–108; y diversos estudios recogidos en García-Herrera Blanco, C. (coord.), cit., y, entre estos, muy especialmente, la ya citada



Soto, 2019 334–443 Moya, M.M., “A vueltas con la oportunidad del arbitraje tributario en España”, pp. 334–343. Sobre el arbitraje en la contratación pública véanse, también entre los más recientes, Ballesteros Panizo, C. “El arbitraje en la contratación pública”, *Revista Española de Derecho administrativo* nº 200, 2019, pp. 191–218; García-Álvarez García, G.: “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos”, en Gimeno Feliú, J. Ma. (dir.) y De Guerrero Manso, C. (coord.): *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 549–564.



La delimitación del objeto de arbitraje de Derecho administrativo

I. INTRODUCCIÓN

EL arbitraje es una institución que goza de largo recorrido en el sector privado. Sin embargo, en el Derecho público, y más concretamente, en el Derecho administrativo, el arbitraje no ha tenido fácil encaje. Se trata de una historia de recelos y desencuentros, donde por motivos de oportunidad y conveniencia política se ha terminado descartando la posibilidad de que se diriman en sede arbitral controversias sometidas a Derecho administrativo. Son muchas las ventajas y desventajas que pueden encontrarse en la apertura del Derecho público al arbitraje. Sin embargo, esas razones no tienen un carácter jurídico, sino que su motivación es más de conveniencia política y legislativa, lo cual es plenamente legítimo. No obstante, la invocación de esas razones no hace sino oscurecer el análisis jurídico e impide, a su vez, dar con una respuesta técnico-jurídica a la pregunta de: si son o no arbitrables las pretensiones sometidas a Derecho administrativo. De lo que se trata es de analizar la cuestión, para que, desde la libertad más absoluta, puedan los interesados en un procedimiento, decidir si quieren o no acudir a la jurisdicción o al arbitraje, pero para poder tomar esa decisión conviene primero saber si es eso jurídicamente posible. En este trabajo se ofrece, pues, un estudio puramente técnico, se evita hacer cualquier tipo de valoración sobre las razones de oportunidad y conveniencia política que pudieran hacer más o menos recomendable la implantación del arbitraje de Derecho administrativo.

Con carácter previo al análisis de la cuestión, conviene delimitar la cuestión objeto de este estudio. Se va a hacer referencia aquí al arbitraje como sustitutivo de la vía contencioso-administrativa, no al “arbitraje” administrativo al que se refiere el art. 112.2º Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), tampoco al arbitraje privado del sector público, al que se refería el Texto Refundido de La Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) y al que ahora ni tan siquiera se refiere la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por entender que ya entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (en adelante, LA), tal y como analizo en otro trabajo (C. Ballesteros Panizo). De ahí que haya dado en llamarlo arbitraje de Derecho administrativo o de Derecho público, y no arbitraje administrativo,



pues podría confundirse con el “arbitraje” sustitutivo de la vía administrativa que prevé el art. 112.2º LPAC. Y es que el arbitraje al que ahí se hace referencia no es, propiamente, un arbitraje, pues uno de los elementos esenciales del arbitraje es el de ser un sustitutivo de la vía judicial, y en modo alguno puede pensarse que el legislador haya pretendido en cerrar la vía judicial a los interesados en la vía de revisión administrativa, pues en ese caso nos encontraríamos ante un precepto claramente inconstitucional.

Se trata pues de estudiar las posibilidades de que las pretensiones que por su naturaleza jurídica estarían sometidas a Derecho administrativo, cuya resolución sería competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y de ningún otro, puedan ser sometidas al enjuiciamiento de un árbitro.

La relevancia y justificación de este breve estudio, está en la trascendencia que sobre el interés general tienen o pueden llegar a tener las pretensiones sometidas al régimen jurídico público. En efecto, en el Derecho privado, el arbitraje no plantea dudas en torno a su admisibilidad, pues se entiende que acudir a este medio de resolución de conflictos entra dentro del poder de disposición de los litigantes sobre sus derechos subjetivos. Sin embargo, en el ámbito del Derecho público la cuestión no está exenta de controversia. La complejidad del tema objeto de análisis viene determinada por la presencia del interés general en las controversias que están sometidas a Derecho administrativo. Y es que, efectivamente, no son pocos los escollos legales y jurídicos que pueden encontrarse en el ordenamiento jurídico español, que *a priori* impedirían que un conflicto en que está implicado el Derecho público pueda depender de la decisión de un árbitro, de una persona distinta del juez predeterminado por la ley.

Además, nos encontraríamos frente a una aparente dicotomía: por un lado, las mayores cotas de libertad que se concederían al interesado al otorgarle la oportunidad de decidir sobre el modo en que quiere resolver sus conflictos sometidos a Derecho público y, por otro, las eventuales vulneraciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los demás miembros de la comunidad que se verían implicados en toda controversia regulada por el Derecho público. Despejar, pues, esta cuestión es de crucial importancia, debido a que las demandas de arbitraje en ámbitos donde el interés general es notable es ya una realidad, tal y como se demuestra en el presente trabajo.

Y es que la relevancia de la cuestión objeto de estudio viene determinada por la realidad socioeconómica de occidente, que está obligando a la ciencia jurídica, en general, y al Derecho administrativo, en particular, a reformularse, pues de ello depende su eficacia. El Derecho administrativo ya no sería hoy solo el Derecho de la Administración Pública, sino más bien el Derecho del interés general. Allí donde hay interés general, allí está o debe estar Derecho administrativo. En este sentido, son dos los fenómenos que a este respecto interesa destacar y en los conviene detenerse brevemente: por un lado, el de la extensión del Derecho administrativo y, por otro, el del fenómeno de la iusmercantilización.

Por lo que se refiere al fenómeno de la extensión del Derecho administrativo. En la actualidad los nuevos protagonistas en la prestación de los servicios de interés general son operadores privados, que se mueven en el ámbito de las relaciones mercantiles, pero a los que se les aplica o debería aplicárseles inexorablemente el Derecho público. Así, teniendo en cuenta este hecho, parece oportuno despejar las dudas que en torno al arbitraje



se pudieran suscitar en los sectores en los que se ve afectado el interés general, debido al reclamo creciente que este método alternativo de resolución de conflictos está teniendo en el sector privado, en la sociedad. Los sectores regulados son, pues, el ámbito donde el arbitraje encuentra o quiere encontrar su encaje, pues el dinamismo de las relaciones mercantiles y la inmediatez del mercado, hacen ya inviable o poco deseable la vía judicial, que sigue siendo todavía demasiado lenta y costosa.

Tal y como demuestran los últimos acontecimientos judiciales y arbitrales que se produjeron a partir de la reducción de las ayudas energías renovables y la incidencia en esta cuestión de la sentencia del TJUE el caso *Achmea*. El Real Decreto 413/2014 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, y mediante la Orden IE/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción eléctrica a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, provocaron toda una serie de reducciones en las ayudas destinadas a los inversores en proyectos sobre energías renovables que había concertado el anterior Gobierno, provocando pérdidas millonarias a inversores nacionales e internacionales. Lo llamativo de la cuestión es que los inversores nacionales vieron desestimadas sus pretensiones ante la jurisdicción estatal, mientras que los inversores internacionales en arbitraje de inversiones están viendo estimadas sus pretensiones. Sin embargo, la situación es todavía más confusa a propósito de la STJUE 6 de marzo de 2018 (TJCE 2018, 66) *República Eslovaca vs. Achmea* que declara la incompatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE con el TFUE (C. Ballesteros Panizo, 2019).

Además, el sector público, como vemos, no es ajeno al fenómeno de la iusmercantilización, muy al contrario, el sector público es un agente económico fundamental, tal y como demuestra el hecho de que la contratación pública en España represente aproximadamente el 20 % del PIB. De ahí que convenga conocer si el sector público en general, y la Administración Pública, en particular, puede o no acudir al arbitraje en sus relaciones con los operadores privados, que cada vez más prefieren la agilidad y flexibilidad del arbitraje, frente a la lentitud y rigidez de los procedimientos jurisdiccionales.

El objetivo de este trabajo es delimitar el objeto del arbitraje en el Derecho administrativo, para así concretar, por fin, qué pretensiones jurídico-administrativas pueden, por su naturaleza jurídica, someterse a arbitraje y cuáles no. Para ello, se hará una aproximación conceptual a la institución arbitral, para a continuación entrar de lleno en la cuestión central que es la despejar las dudas en torno a la arbitrabilidad de las pretensiones sometidas a Derecho administrativo, en donde se analizarán, a partir del art. 2.1º LA, dos conceptos clave en esta cuestión: la arbitrabilidad y la disponibilidad.

II. EL ARBITRAJE: SUS ELEMENTOS ESENCIALES Y SU FUNDAMENTO

EN primer lugar, conviene delimitar correctamente el concepto de arbitraje y sus elementos esenciales, para distinguirlo de sus figuras afines. No se puede empezar a hablar de arbitraje sin saber lo que es el arbitraje verdaderamente. La necesidad de abordar el concepto de arbitraje viene impuesta por la constatación de que no pocas veces el legislador denomina arbitraje cosas que no lo son propiamente.



El arbitraje es un medio de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial, por el cual dos o más personas deciden voluntariamente someter su controversia a la decisión de un tercero independiente e imparcial distinto del juez predeterminado por la Ley, y en que la decisión produce efectos de cosa juzgada y tiene valor de título ejecutivo.

Y eso es el arbitraje tanto el de Derecho privado como el de Derecho público, esto es: el arbitraje es arbitraje con independencia del Derecho a aplicar a la controversia concreta. Con esta definición trato de subrayar, la naturaleza autónoma del arbitraje como institución [S. Barona Vilar es la principal defensora de la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje]. El arbitraje, es lo que es, y a su naturaleza hay que acudir para tratar de entenderlo. Las teorías contractualistas, confunden el ser con el porqué (el convenio), las teorías jurisdiccionalistas confunde el ser con el para qué (con el laudo) y las procesalistas con lo confunden con el cómo (el proceso). Ahora bien, que el arbitraje comparta categorías jurídicas con otras instituciones, no es impedimento para que pueda afirmarse que tiene su propia naturaleza jurídica, de modo que deba ser tratado, estudiado y analizados sus efectos desde sí mismo. Y, a su vez, nada obstaculiza el recurso a otras normas e instituciones, por otro lado, algo natural cuando se trabaja con instituciones que todavía no han desplegado todo su potencial.

Es necesario ahora señalar las notas esenciales de la institución arbitral, notas, pues, de las que no se podrá prescindir en ningún caso, aun cuando el Derecho a aplicar tenga un carácter público, pues de otro modo se desnaturalizaría la institución. Así, tras un análisis de la jurisprudencia, de los reglamentos arbitrables de las distintas instituciones y de los estudios sobre la materia, se advierte que las notas esenciales del arbitraje sin las cuales el arbitraje quedaría desnaturalizado son fundamentalmente dos: la libertad, esto es, la autonomía de la voluntad, que conlleva el principio de no afectación a terceros, y el carácter público de la institución, en tanto que equivalente jurisdiccional, tal y como ha reconocido el TC (SSTC 43/1998, de 16 de marzo; 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 174/1995, de 23 de noviembre; 176/1996, de 11 de noviembre).

La autonomía de la voluntad es esencial al arbitraje en tanto que este implica una renuncia a la jurisdicción y, por tanto, una renuncia puntual al derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello la autonomía de la voluntad en el recurso al arbitraje debe quedar plenamente garantizada, pues de otra manera se estaría vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Así lo avala el propio TC al decir que el arbitraje solo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor [STC 259/1993, de 20 de julio]. En cuanto al carácter público del arbitraje, recuérdese que se trata de una institución que ha sido reconocida por el legislador y por el TC como un equivalente jurisdiccional, lo que significa que produce los mismos efectos que la jurisdicción estatal. Así, el árbitro investido de la auctoritas del juez viene a ser un equijuez y el laudo, al producir efectos de cosa juzgada, una equisentencia.

Por lo que se refiere al fundamento del arbitraje de Derecho público resulta necesario subrayar que, con independencia de que los métodos alternativos de resolución de conflictos puedan ayudar a descongestionar la justicia contencioso-administrativa, la necesidad de estudiar su viabilidad encuentra su justificación en una razón más honda y seria de lo



que es simplemente una situación coyuntural. Y ese motivo es el principio de la libertad. En efecto, la principal razón de ser del arbitraje es la libertad, la libertad, entendida como valor superior del ordenamiento jurídico español. Así pues, el auge de los métodos alternativos de resolución de conflictos no evidencia, necesariamente, el fracaso de un sistema judicial, como no ocurre en Estados Unidos, Inglaterra y Francia donde el arbitraje y otras formas de resolución conviven en perfecta armonía con un buen sistema judicial. Por el contrario, la convivencia de un buen sistema judicial con los métodos alternativos de resolución de conflictos no hace sino evidenciar que efectivamente la libertad rige como valor superior del ordenamiento jurídico, y rige el actuar de los poderes públicos. En efecto, la Carta Magna es contundente al respecto, cuando exige en su art. 9.1º LA a los poderes públicos que promuevan y garanticen la libertad del individuo, de modo que pueda, por ejemplo, resolver las disputas que se susciten en ámbitos de su libre disposición por el medio que libremente decidan. De forma que, siempre que exista la posibilidad de conceder al individuo mayores cotas de libertad, el poder público tiene el deber de estudiar su viabilidad. Y, además, es a la luz del principio pro libertate como deben solucionarse siempre todas las dudas interpretativas que pueda plantear el ordenamiento en un determinado momento (J.L. Martínez López Muñiz). Y es, precisamente, bajo la luz del principio in favore libertatis como se ha abordado el estudio sobre la delimitación del objeto del arbitraje de Derecho administrativo.

III. EL OBJETO DEL ARBITRAJE DE DERECHO PÚBLICO

PROCEDE ahora adentrarse en la delimitación de un criterio de arbitrabilidad que permita concretar cuáles son las controversias jurídico-públicas susceptibles de ser sometidas a arbitraje. En efecto, se trata de arrojar luz sobre la cuestión y que pueda seguir avanzándose en el estudio de una institución que continúa suscitando serias dudas sobre su viabilidad en el ámbito público. No se trata de una cuestión meramente teórica, de laboratorio, sino que esa incertidumbre en torno a la viabilidad jurídica del arbitraje de Derecho público está provocando una grave inseguridad jurídica y serias consecuencias económicas (tal y como demuestra las serias consecuencias que puede tener la STJUE 6 de marzo de 2018, *Eslovaquia vs. Achmea*).

Los posicionamientos doctrinales en torno a lo que debe o no debe entenderse susceptible de arbitraje, pueden clasificarse en dos grandes grupos: por un lado, los autores que defienden una lista cerrada de materias y, por otro, los que proponen un criterio general de arbitrabilidad, en la misma línea en que lo hace en su art. 2.1º LA.

Entre los autores que proponen un criterio general de arbitrabilidad destacan fundamentalmente tres: R.O. Bustillo Bolado (2010), F. López Menudo (1999), J. Ferret Jacas (1999) y C. Ballesteros Panizo (2017).

La prudencia en torno a esta cuestión ha llevado a muchos autores a decantarse por un criterio de lista de cerrada de materias arbitrables. A su vez, ha influido en esa tendencia cierta confusión general en torno a lo qué es el arbitraje verdaderamente. En este sentido



la equiparación del arbitraje en términos de disponibilidad a la transacción ha llevado a algunos a entender el arbitraje como una suerte de transacción, en la que la Administración estaría cediendo en la determinación del interés general.

Sin embargo, a mi juicio resulta más apropiado la determinación de un criterio general de arbitrabilidad. Y es que la elaboración de una lista cerrada de materias susceptibles de arbitraje no agota el estudio de la cuestión, lo que seguiría provocando confusión, pues se estaría dejando inevitablemente fuera del arbitraje cuestiones que por su naturaleza serían plenamente arbitrables. Sobre la determinación de un criterio general de arbitrabilidad, podría pensarse que en modo alguno es aplicable el criterio general sobre disponibilidad recogido por la LA, por ser incompatible con la naturaleza eminentemente imperativa de las normas a aplicar en las controversias de Derecho público. Sin embargo, no tiene por qué ser así, tal y como se va a demostrar pues, de hecho, y adelantando la conclusión, el art. 2.1º LA es perfectamente trasladable al ámbito del Derecho administrativo, con algún matiz y con independencia de que el legislador luego quiera prever excepciones a ese criterio general de arbitrabilidad.

1. La Ley 60/2003, de Arbitraje, de 23 de diciembre, y su ámbito de aplicación

El art. 2.1º LA establece que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. De modo que resulta necesario conocer cuáles son las materias de libre disposición conforme a Derecho, para así comprender la extensión del precepto, a fin de saber si las controversias de Derecho público pueden entenderse comprendidas en ese precepto, y por ende si entran dentro del ámbito de aplicación de la LA.

El legislador ha querido prever como criterio delimitador de lo arbitrable la disponibilidad en Derecho de las materias. Por tanto, podría decirse que el precepto asemeja la arbitrabilidad a la disponibilidad, pudiendo afirmarse que: es arbitrable lo que es disponible. Y es que hasta aquí podría decirse que no hay problema, no obstante, la pregunta que se formula uno inmediatamente es la de ¿qué es efectivamente lo arbitrable y qué lo disponible?

Como puede apreciarse, el art. 2.1º LA establece que son susceptibles de arbitraje las controversias. Pero ¿es efectivamente, la controversia el objeto del arbitraje? El objeto de un proceso judicial y también de un arbitraje no es una controversia o un conflicto, pues la simple existencia de un conflicto intersubjetivo no provoca por sí mismo la intervención de la jurisdicción, sino que, con carácter general, es necesaria la formulación de una pretensión para incoar el proceso y así provocar la reacción jurisdiccional o arbitral. La pretensión conformada por el *petitum* y la *causa petendi* es lo que determina el objeto del proceso y, en consecuencia, también el objeto del arbitraje, limitando así el ámbito sobre el que deberán pronunciarse el juez y el árbitro.



El legislador podría, pues, haber afinado más, pues la referencia a la controversia provoca una dispersión con su consecuente confusión en torno a la fijación de lo que es verdaderamente objeto de arbitraje. Identificar a la pretensión como el objeto real del arbitraje lleva a una segunda pregunta ¿qué puede ser objeto de una pretensión? ¿sobre qué puede una persona formular pretensiones? Estas preguntas conducen necesariamente a la comprensión del concepto de disponibilidad, dado que difícilmente una pretensión podrá formularse sobre algo de lo que no se dispone.

2. La disponibilidad

El art. 2.1º LA se refiere a la disponibilidad de las materias. Pero de nuevo conviene preguntarse si el legislador acertó al referir este término o podría haber acertado más utilizando otro término. Y es que el vocablo materias ha generado mucha confusión en lo tocante a la arbitrabilidad de las pretensiones fundadas en Derecho administrativo, hasta el punto de llegar a entenderse que la norma se refiere a la materia en tanto rama del Derecho. En efecto, esta confusión condujo a la conclusión que el carácter eminentemente imperativo del Derecho administrativo era razón suficiente para descartar las posibilidades del arbitraje en este ámbito. Pero ¿es, efectivamente, ese el sentido del precepto? ¿se está refiriendo el precepto al carácter imperativo o dispositivo de las normas?

Así, las normas pueden tener un carácter dispositivo o imperativo dependiendo de la fuerza de obligar que posean. El carácter dispositivo de una norma conlleva que la producción de las consecuencias jurídicas en ella previstas depende de que los particulares no hayan decidido sobre las mismas en otro sentido. Esto significa que es decisión de los particulares que la norma despliegue sobre una determinada situación sus efectos jurídicos o no. En cambio, el carácter imperativo de una norma implica su obligatoriedad, de modo que no hay lugar a la discrecionalidad de las partes, pues no gozan de poder de decisión alguno sobre la aplicabilidad de la norma, que despliega forzosamente sus efectos sobre la esfera jurídica de sus destinatarios.

Esta distinción entre las normas dispositivas y las imperativas, siendo básica y de aparente fácil comprensión, ha dado lugar a posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales opuestos, en lo tocante al arbitraje. Si del art. 2.1º LA hubiera que deducir que la arbitrabilidad de una pretensión depende del carácter imperativo o dispositivo del derecho a aplicar, ello conduciría a revisar también el arbitraje de Derecho privado, pues son muchas las cuestiones de Derecho privado que están reguladas por normas imperativas y, sin embargo, hasta el momento no se ha cuestionado la posibilidad de que sean susceptible de arbitraje. Así, por ejemplo, es indiscutible que las pretensiones regidas por normas de Derecho societario son perfectamente arbitrables, y lo mismo ocurre en el Derecho de consumo, las dos, ramas del Derecho que se caracterizan por el carácter imperativo de sus normas. Y es que, si fuera el carácter imperativo o dispositivo de una norma lo que definiera la arbitrabilidad de una pretensión, entonces, el arbitraje quedaría reducido a un ámbito muy marginal, también en el Derecho privado, pues es inmenso el panorama de normas



imperativas en el ordenamiento jurídico español (R. Verdera Server). Nadie, ni el juez, ni el árbitro ni las partes disponen de las normas de *ius cogens*, ya tengan estas un componente más o menos público, más o menos privado. No puede olvidarse a este respecto, que el arbitraje entendido como un equivalente jurisdiccional no sustrae al árbitro ni a las partes del ordenamiento jurídico vigente, como si fuera una suerte de zona inmune al principio de legalidad. El árbitro como el juez debe aplicar el ordenamiento jurídico vigente y de no hacerlo podrá anularse el laudo por medio de la acción de anulación cuando este se hubiere dictado contraviniendo el orden público (art. 41.1º f) LA). De modo que el carácter imperativo de las normas aplicables a una determinada controversia no debe excluir el recurso al arbitraje, sino que implica únicamente que aquellas normas de *ius cogens* deberán ser aplicadas por el árbitro para resolver la controversia. Y es que, como acierta a destacar Verdera Server, “no se anula un laudo por incidir o afectar al orden público, sino por ser contrario al mismo”.

Sobre este asunto se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia STS 2489/1998, de 18 de abril: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el art. 22 LOPJ que se refiere a la jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el art. 118 LSA que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.

En el arbitraje, las partes no disponen del Derecho sustantivo. Y es que, en realidad, la confusión ha venido provocada por el mismo precepto, al haber utilizado la palabra *materia* en lugar de otra más apropiada como, por ejemplo, *cuestión*, o de haber querido afinar más, el término que debiera haber utilizado es el de derechos subjetivos, pues en rigor son los derechos subjetivos sobre los únicos que recae un poder disposición completo. Así las cosas, las materias no son per se disponibles en el sentido que señala el precepto, sino que lo único de lo que se dispone es de los derechos subjetivos, por lo que podemos adelantar ya que cuando el art. 2.1º LA habla de disponibilidad, se está refiriendo a esa facultad que es el poder de disposición inherente a todo derecho subjetivo y que conlleva la posibilidad de realizar actos que afecten al contenido sustancial del propio derecho subjetivo, así como la de recabar mecanismos de protección jurídica, entre los que se encontraría el arbitraje (J.L. Lacruz Berdejo).

Las principales teorías en torno al concepto de derecho subjetivo son: la teoría de la voluntad, que propugna el poder o señorío de la persona y entre sus postuladores encontramos a Savigny y Windscheid; la teoría del interés, entre cuyos partidarios destaca Ihering; y las teorías que niegan el derecho subjetivo, entre cuyos valedores encontramos a Duguit que fue uno de los autores más críticos con la noción de derecho subjetivo, sustituyéndola por la de situación jurídica. Conviene señalar que, aunque obsoletas, todas estas teorías han cooperado a la formulación actual del concepto de derecho subjetivo.

La formulación del concepto de derecho subjetivo ha sido una de las labores predilectas de la ciencia jurídica. Destaca entre ellas, la definición de derecho subjetivo que formula J.L. Lacruz Berdejo define el derecho subjetivo como un poder jurídico otorgado por el ordenamiento jurídico a una persona que le permite obrar en un determinado sentido. El poder es, pues, lo determinante en la definición de derecho subjetivo, un poder que



nace de la titularidad. Solo quien es titular de un derecho subjetivo goza de ese poder que le otorga el ordenamiento jurídico para actuar en un determinado sentido. En cuanto al contenido abstracto de todo derecho subjetivo, este se identifica con los siguientes planos o niveles: un haz de facultades, un conjunto de deberes y cargas y unos mecanismos de protección jurídica. En relación con las facultades destaca muy especialmente el poder disposición, un poder que otorga al titular del derecho subjetivo la posibilidad de llevar a cabo actos que afecten al contenido sustancial del mismo, también a su propia existencia. De modo que puede afirmarse, que no hay derechos subjetivos indisponibles, todo derecho subjetivo es por su misma naturaleza disponible. En este sentido destacan aquí las palabras de J. Montero Aroca cuando afirma: “cuando no existe disponibilidad es porque no se trata de verdaderos derechos subjetivos, sino que se está ante situaciones jurídicas que no comportan la atribución de derechos”.

En cuanto a la posibilidad inherente al derecho subjetivo de recabar mecanismos de protección jurídica, esta se traduce en la concesión al titular del derecho de una acción para formular una pretensión ante los órganos jurisdiccionales. De modo que el ejercicio de esa acción es una manifestación de ese poder de disposición de que goza todo titular sobre su derecho subjetivo. Resulta, aquí, interesante resaltar que entre esos mecanismos de protección jurídica no solo se encontraría la jurisdicción, sino también el arbitraje en tanto que reconocido por el TC como equivalente jurisdiccional. Así, puede afirmarse que el recurso al arbitraje es una facultad que va implícita en todo derecho subjetivo. De modo que, cuando el art. 2.1 LA establece que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, el precepto se refiere a las pretensiones fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos.

El concepto de disponibilidad en Derecho público es el mismo que en Derecho privado. Esto es, el contenido de los derechos subjetivos en Derecho administrativo es el mismo que en Derecho privado, y aunque no todos los derechos subjetivos en Derecho administrativo encuentran su paralelo en el Derecho privado, ello dejaría abierta la puerta al arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo, aunque con los matices que se expondrán en seguida. En Derecho administrativo los derechos subjetivos se vienen clasificando en tres tipos: los derechos patrimoniales, de carácter obligacional y real, los derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos particulares y algunas situaciones de libertad individual (E. García de Entería y T.R. Fernández). El contenido abstracto de los derechos subjetivos en Derecho administrativo es exactamente el mismo que en el Derecho privado, de modo que sus titulares gozan del poder de disposición sobre los mismos para poder exigir a la Administración y a terceros una conducta respetuosa para con el derecho subjetivo.

De modo que, tanto en el Derecho público, como en el Derecho privado, la existencia de un derecho subjetivo implica por su misma naturaleza, su disponibilidad. Sin embargo, las dudas surgen en Derecho administrativo, sobre todo, con otra especie de derechos subjetivos, los denominados derechos subjetivos atípicos, que no se encuentran en el ámbito privado: los intereses legítimos. El interés legítimo suele aparecer en la norma administrativa como una situación jurídica alternativa al derecho subjetivo, así, por ejemplo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, establece en su



art. 4 que: “Se considerarán interesados en el procedimiento administrativo: a) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales colectivos”. Sin embargo, tal y como se ha estudiado largamente, los intereses legítimos son auténticos derechos subjetivos. La diferencia fundamental con los derechos subjetivos típicos reside en que estos preexisten al conflicto mientras que los intereses legítimos son provocados por el mismo conflicto, de ahí que se les haya dado en llamar derechos subjetivos reaccionales. De modo que, la titularidad sobre un interés legítimo que otorga una capacidad para ser parte en los procedimientos administrativos no es algo genérico que cualquiera puede alegar por el hecho de ser ciudadano y encontrarse ante una actuación ilegal de la Administración, nada más lejos. La titularidad sobre un interés legítimo conlleva que la esfera jurídica vital del particular se haya visto o pueda verse directamente afectada por la actuación ilegal de la Administración, de modo que el ordenamiento jurídico lo apodera con un derecho subjetivo orientado a la erradicación de la ilegalidad administrativa y a la íntegra reparación de sus intereses.

Así pues, el poder de disposición que se predica de todo derecho subjetivo también se extiende a los intereses legítimos, pero solo a los intereses legítimos individuales, no a los colectivos. Esta diferenciación entre intereses legítimos es fundamental cuando se trata de definir cuándo un derecho subjetivo reaccional puede o no someterse a arbitraje de acuerdo con el criterio de disponibilidad. En efecto, el poder de disposición sobre los intereses colectivos, aun cuando son auténticos derechos subjetivos, se ve limitado por el poder de disposición del resto de personas afectadas. Y es que en los intereses colectivos los efectos de la actuación administrativa exceden la esfera personal por tratarse de bienes o derechos de disfrute colectivo, que se reconocen por afectar a grupos o categorías enteras de personas. En ese sentido, se puede avanzar una de las conclusiones y es que para poder someter a arbitraje un interés colectivo, deberá existir el consenso de todos los miembros del grupo de afectados o de sus representantes, por el principio de no afectación a terceros que rige todo procedimiento, también el arbitral.

Llegados a este punto, puede decirse que lo arbitrable son las pretensiones y lo disponible los derechos subjetivos. Y es que, en rigor, ni las controversias ni las materias son per se arbitrables ni tampoco son por su naturaleza disponibles en el sentido que establece el precepto. Pues lo único de lo que se dispone es de los derechos subjetivos. Esta afirmación con su fundamentación resulta determinante cuando se trata de extender el criterio de arbitrabilidad previsto por el art. 2.1 LA al ámbito del Derecho administrativo. Pues si se parte de la premisa de que la LA cuando utiliza los términos materias disponibles, en realidad a lo que se está refiriendo es a los derechos subjetivos, y el contenido de los derechos subjetivos en Derecho administrativo es el mismo que en Derecho privado, entonces, parece abierta la puerta para mantener el mismo criterio de arbitrabilidad tanto para el arbitraje de Derecho público y el de Derecho privado. Los derechos subjetivos que aparecen en relaciones jurídico-públicas pueden entenderse comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la LA.

En la legislación administrativa es común una tendencia a asemejar en términos de disponibilidad el arbitraje a la transacción, de modo que para poder discernir qué es lo susceptible de arbitraje en Derecho público, parece imprescindible conocer qué puede ser objeto de transacción administrativa.



La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su art. 31; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria establece en su art. 7.3; el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el ap. 3o de la Disposición Adicional Primera; y el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en su art. 27.1º.

No obstante, el legislador no ha previsto expresamente un criterio para poder transigir sobre cuestiones jurídico-públicas, limitándose a referirse en distintas normas a las “materias susceptibles de transacción”, como ocurre en el art. 77 LJCA y 86 LPAC. Tampoco la doctrina ha llegado a un criterio consensuado sobre lo que debe poder transigirse en el marco de las relaciones jurídico-públicas y lo que no; pero sí pueden detectarse dos tendencias, quienes dicen que debe quedar fuera de la transacción las potestades regladas y que el ámbito idóneo para la transacción es el de la discrecionalidad por gozar la Administración de un mayor poder de disposición, y quienes afirman lo contrario, al creer que no deben excluirse de la transacción los actos reglados

Entre los autores que consideran arbitrables los actos reglados y excluidos del arbitraje los actos discrecionales destacan especialmente: J. Ferret Jacas (1999: 18); A. Maresca Lasa (2005: 402). Y entre los que consideran que los actos reglados deberían quedar excluidos del arbitraje y que lo único arbitrable debería ser la actividad discrecional de la Administración, destacan: J. Rosa Moreno (1996); J.M. Trayter Jiménez (1997); se pronuncia en contra de que la actividad reglada de la Administración pueda someterse al arbitraje; J.F. Merino Merchán, y J.Mª Chillón Medina (2014), R. Fernández Montalvo, P. Teso Gamella, A. Arozamena Laso (2004).

Sea como fuere, que haya venido asemejándose el arbitraje a la transacción en términos de disponibilidad, no significa que ambos sean lo mismo, ni siquiera que se parezcan. En efecto, la transacción es un contrato oneroso por el que las partes, mediante recíprocas concesiones, evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que había comenzado. El arbitraje, en cambio, no es un contrato, aunque tenga su origen en una cláusula contractual, además, y fundamentalmente, de que en el arbitraje las partes no están cediendo en sus pretensiones, en nada ceden, de hecho, sino que lo único que hacen es disponer sobre el mecanismo de protección jurídica de que quieren servirse, cediendo a un tercero imparcial la resolución de la contienda. A los efectos de fijar los límites al arbitraje de Derecho público es importante tener esto claro, y es que en el arbitraje no se estaría cediendo en la fijación del interés general que la Administración tiene constitucionalmente encomendada. Esto solo se entiende si previamente se ha asumido la premisa de entender el arbitraje como un equivalente jurisdiccional, en que el árbitro y el laudo tienen las mismas funciones (el uno) y efectos (el otro) que tienen el juez y la sentencia, respectivamente. La labor del árbitro en el arbitraje de Derecho es la misma que la del juez en la fase declarativa, la de juzgar. El árbitro en ningún caso se subrogaría en la Administración, y es que no es esa la naturaleza del arbitraje, sino que se limitaría a controlar la legalidad de la actuación en la misma forma en que lo haría el juez predeterminado por la ley. Señaladas las importantes diferencias entre transacción y arbitraje y dados los desiguales efectos que producen, en que una implicaría la concesión en cuestiones en que está implicado el interés general y otro una renuncia puntual a la jurisdicción en favor del arbitraje, verdadero equivalente jurisdiccional, puede concluirse que no todo lo que está excluido de la transacción debería



estar necesariamente excluido del arbitraje [F. López Menudo (1999) ha ido más allá al afirmar que parece obligado reconocer que la prohibición para celebrar aquella (la transacción) puede ser más estricta que la que pueda imponerse al arbitraje].

3. Potestades regladas y potestades discrecionales

La cuestión de si son las potestades regladas o, en cambio, las potestades discrecionales el ámbito idóneo para el arbitraje de Derecho público, es una cuestión muy debatida por la doctrina administrativista que se ha pronunciado sobre el arbitraje. Y es que, por un lado, se encuentran quienes son partidarios de que sea solo en el ámbito de la actividad discrecional donde pueda darse el arbitraje, quedando excluidas de plano las potestades regladas de la Administración, por entender que en las primeras existe un mayor poder de disposición sobre el objeto mientras que en las segundas, la Administración no dispondría del objeto. Y quienes defienden lo contrario, esto es, que es en el ámbito de la actividad reglada donde el arbitraje tiene mejor encaje, y no así en el ámbito discrecional, donde la fijación del interés general no está tan reglada por la Ley, lo que vendría a complicar la labor del árbitro, asumiendo excesivos riesgos en la determinación del interés general.

Pues bien, a mi juicio, no habría que hacer una distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales, es decir, esa categorización que sirve para tratar sobre el objeto de la transacción no añade ni quita nada aquí. Pues partiendo de la premisa de que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional en que el árbitro debe aplicar el Derecho [en el arbitraje de derecho, que sería el único admisible para el arbitraje de Derecho público] en la misma forma en que lo haría el juez, la distinción es irrelevante. El árbitro como el juez debe aplicar la Ley. Así pues, en el caso de la actividad a enjuiciar por el árbitro tenga un carácter reglado, la labor no presentará conflictos con el interés general pues lo único que deberá hacer el árbitro será comprobar si la actividad administrativa se ha ajustado o no a lo preceptuado por la ley.

En el ámbito de la actividad discrecional la labor del árbitro puede resultar algo más ardua y complicada, pero, sin embargo, perfectamente compatible con la preservación del interés general. Y es que, los árbitros igual que los jueces y tribunales están solo sometidos al imperio de la Ley y el Derecho, siendo el control que ejercen de carácter estrictamente jurídico. De modo que, si el control judicial de la actividad discrecional de la Administración se limita únicamente a los aspectos reglados de esa actividad, a la comprobación sobre si han sido respetados o no los principios generales del Derecho, al control de la desviación de poder y al control sobre los hechos y la adecuación al Derecho en su apreciación, lo mismo deberá hacer el árbitro cuando se trate de enjuiciar actividades discrecionales.

En efecto, el recelo al arbitraje ya en la actividad reglada ya en la actividad discrecional responde a que se ha concebido el arbitraje como un sustitutivo de la Administración no de la jurisdicción, donde el árbitro estaría supliendo a la Administración en la fijación del interés general. El árbitro, como el juez, no sustituiría a la Administración al controlar su actividad reglada ni su actividad discrecional, sino que se limitaría a fiscalizar con parámetros estrictamente jurídicos contenidos en la ley esa actividad.



4. Un criterio general de arbitrabilidad

Se propone, pues, la determinación un criterio general de arbitrabilidad que englobe todas las cuestiones susceptibles de ser sometidas a arbitraje, separándose del criterio de lista cerrada que encierra, a mi juicio, el riesgo de dejar fuera del arbitraje pretensiones que por su naturaleza sí serían arbitrables. El criterio general de arbitrabilidad que aquí se plantea es el criterio del art. 2.1º LA que apela a la disponibilidad, de modo que existiría un único criterio general de arbitrabilidad, para todo tipo de arbitraje, tanto para el arbitraje de Derecho público como para el arbitraje de Derecho privado. Ello, sin perjuicio, claro está, de que pudieran preverse excepciones al régimen general de arbitrabilidad por razones de conveniencia y oportunidad político-legislativa. Se trataría, así, de mantener el criterio de disponibilidad proclamado por el art. 2.1º LA que se refiere a ese poder de disposición de que goza todo titular de un derecho subjetivo y manteniendo, por supuesto, el criterio de voluntariedad del art. 9.1º LA, respetando de esa manera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Siguiendo ese criterio general de arbitrabilidad, la consecuencia lógica es que son susceptibles de arbitraje de Derecho público aquellas pretensiones que se funden en la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo típico o reaccional individual, y siempre que no se vean afectados los intereses de terceros, en cuyo caso será necesaria el consentimiento expreso de esos terceros afectados. Y esto puede extenderse a las situaciones en que se dé un conflicto entre sujetos privados pero el Derecho a aplicar tenga un carácter público.

El principio de no afectación a terceros es, por consiguiente, el que lo define y limita todo. Para poder recurrir al arbitraje resulta necesario que, por un lado, la relación jurídico-pública esté fundada en la perturbación de un derecho subjetivo individual, esto es, que se haya visto afectada la esfera jurídica vital del interesado por la actividad o inactividad de la Administración. Y que, por otro lado, haya una voluntad expresa de ambas partes de acudir al arbitraje. Así, por el lado de la Administración, esa voluntad vendría suplida por una habilitación legal que le permita someterse al arbitraje, siempre que el interesado titular del derecho así lo solicite expresamente (C. Ballesteros Panizo, 2017).

Sin perjuicio de que la propuesta que aquí se hace pretende dejar abierta la puerta a cuestiones que por su naturaleza disponible serían arbitrables, este criterio de arbitrabilidad recogería a modo ejemplificativo las siguientes pretensiones: las pretensiones de carácter patrimonial; las pretensiones que traigan causa en la ejecución e interpretación de reglas sobre prestaciones bilaterales; las pretensiones que se funden en la concreción de conceptos fácticos legalmente indeterminados, las pretensiones que se basen en la fijación de cuestiones técnicas. Y, todo ello: con independencia de que las pretensiones se fundaran en derechos que surgieran a partir del ejercicio de una potestad administrativa o que sean consecuencia del ejercicio unilateral de la Administración; y, sin perjuicio, a su vez, de que el derecho subjetivo reivindicado a través de la pretensión derive del ejercicio de una potestad discrecional o de una potestad reglada.

Partiendo de los principios de disponibilidad, no afectación a terceros y voluntariedad, las cuestiones que en ningún caso podrán ser objeto de arbitraje son: la impugnación de



disposiciones de carácter general, la impugnación de actos administrativos dirigidos a una pluralidad de personas, los intereses colectivos, las cuestiones sobre las que ley prevea la posibilidad de ejercicio de la acción pública, las cuestiones en que, con arreglo a la Ley, sea preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal. En efecto, los reglamentos no podrían en ningún caso ser objeto de arbitraje debido a la pluralidad indeterminada de personas a la que van dirigidos. Y es que sería imposible identificar a cada una de las personas objeto del reglamento y en ese caso, todas deberían dar su consentimiento expreso al arbitraje, para garantizar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva. Pero es que, además, la naturaleza normativa, en tanto que modifica el ordenamiento jurídico y en ese sentido interesa a toda la comunidad, hace muy difícil su arbitrabilidad. Por lo que se refiere a la impugnación de actos administrativos plúrimos, aplica aquí la misma lógica. Y es que para que, por ejemplo, la impugnación de una convocatoria de una subvención pudiera hacerse en sede arbitral, ello necesitaría del consentimiento expreso de todos y cada uno de los interesados, que en un buen número de casos sería imposible de determinar. Por lo que se refiere a los intereses colectivos, tal y como se ha apuntado anteriormente, estos no podrían someterse a arbitraje, pues resulta ilusorio pensar que cada uno de los miembros del colectivo va a dar su consentimiento a la entidad o persona que lo representa. Tampoco serán susceptibles de arbitraje en aras a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva del ilimitado número de potenciales recurrentes, aquellas cuestiones sobre las que la Ley prevé el ejercicio de la acción pública. Y por la misma razón tampoco podrían someterse a arbitraje aquellas cuestiones en que con arreglo a la ley sea preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal pues, por su naturaleza, se trata cuestiones en donde se ve afectado el interés de toda la comunidad y podría vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva de todos sus miembros.

Dicho todo lo anterior, conviene volver apuntar que la propuesta de un criterio general de arbitrabilidad no es incompatible con que el legislador por razones de oportunidad pudiera establecer prohibiciones expresas al arbitraje de Derecho público sobre cuestiones que por su naturaleza sí serían arbitrables. Pero se trataría siempre de excepciones legales al criterio general de la disponibilidad.

IV. CONCLUSIÓN

POR todo lo expuesto, debe entenderse que cuando el art. 2.1º LA declara que serán susceptibles de arbitraje las materias de libre disposición conforme a derecho, en realidad, está queriendo decir que son susceptibles de arbitraje las pretensiones fundadas en la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo típico o reaccional. Por lo que debe extenderse ese criterio a las pretensiones que reúnan esas condiciones aun cuando el Derecho a aplicar tenga un carácter público y/o una de las partes sea una Administración Pública. Pero incluso cuando el arbitraje de Derecho público entra dentro del ámbito de aplicación de la LA sería conveniente que este tipo de arbitraje se previera en una Ley independiente con el fin de recoger las especialidades que necesariamente deberá recoger un arbitraje en el que la controversia tiene un carácter público. Y que, a su vez, previera



las eventuales excepciones al régimen de disponibilidad que la conveniencia legislativa considere oportunas.

Es importante tener en cuenta que una institución puede tener su operatividad y desplegar sus efectos sin perder su esencia; actuando, a la vez, en ámbitos jurídico-privados y en ámbitos jurídico-públicos. Lo mismo que la institución contractual se vio modulada en algunos aspectos cuando entró a operar en el Derecho público, pero conservó sus elementos esenciales que mantuvieron a flote su esencia, lo mismo debe ocurrir con el arbitraje. Así, por ejemplo, el arbitraje de Derecho público solo podrá ser un arbitraje de “derecho” y deberá quedar descartado el arbitraje de “equidad”, pues el principio de legalidad de la actuación administrativa obliga a los tribunales, y también a los árbitros, a enjuiciar las controversias en que aparece cuestionada la actuación administrativa, conforme a la legalidad vigente. Además, resultaría más garantista un arbitraje institucional, frente al arbitraje ad hoc, pues en este último resulta difícil garantizar la imparcialidad de los árbitros. Otra de las modulaciones que necesariamente deberá preverse en el arbitraje de Derecho público, al tratarse de cuestiones en donde está afectado el interés general, es la cuestión de la confidencialidad, y es que difícilmente podrá mantenerse el secreto en controversias sometidas al Derecho administrativo. Mientras se mantengan las características esenciales del arbitraje no solo se puede, sino que se debe modular la institución para que pueda ser efectiva en un ámbito en el que está presente el interés general.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS PANIZO, C., *El arbitraje de Derecho público*, Aranzadi, 2017.
- BALLESTEROS PANIZO, C., “El criterio de arbitrabilidad en Derecho administrativo”, *Revista General de Derecho administrativo*, nº55, 2020.
- BALLESTEROS PANIZO, C., “El arbitraje en la contratación pública”, *Revista Española de Derecho administrativo*, 200, 2019, pp. 191–218.
- BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011)*, 2ª ed., Thomsom Reuters–Civitas, 2011.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, 2010.
- ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, 2013.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, O. y AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de una alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, II; CGPJ, 2004.
- FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Administración de Andalucía*, nº 35, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, II, Aranzadi, 2002.
- GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, Aranzadi, 2011.



- HERNÁNDEZ-GIL, A., “Disposiciones Generales”, en HERNÁNDEZ-GIL, A. *et al.*, *Comentario a la Ley de Arbitraje*, DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (coord.) J.L. LACRUZ BERDEJO (2005), *Elementos de Derecho civil, Parte General*, vol. III, *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 2006–.
- MARESCA LASA, A., *El arbitraje administrativo*, UB, 2005.
- MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., “Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho administrativo*, 2011.
- MERINO MERCHÁN, F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a, *Tratado de Derecho Arbitral*, Civitas, 2014.
- MONTERO AROCA, J., “Las materias de libre disposición en el arbitraje y la mediación”, La mediación: algunas cuestiones de actualidad, en V. PARDO IRANZO, V., *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, 2015.
- PÉREZ MORENO, A., “Justicia Administrativa y fórmulas alternativas”, en la obra de M.J. MONTORO Y CHINER, *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier.2003
- PÉREZ MORENO, A., “El arbitraje administrativo”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, 2001.
- ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Mc Graw–Hill, 1996.
- SANCHEZ MORON, M., “El retorno del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 206, 2018, pp. 37–66.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 143, 1997.
- VERDERA SERVER, R., “Del convenio arbitral y sus efectos”, en S. BARONA VILAR, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Civitas. 2011.



Cuestiones en las que intervienen entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de administraciones públicas

I. REFLEXIÓN INICIAL. LA ARBITRABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA LEY 30/2007 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. REFERENCIAS AUTONÓMICAS

ANTES de adentrarnos en la cuestión que nos ocupa, debemos ser conscientes del recelo que ha suscitado tradicionalmente en el Legislador administrativo español la utilización del arbitraje como método de resolución de controversias de índole pública. Si bien en la actualidad ya son varias las leyes que han previsto de forma expresa la posibilidad de acudir a una solución arbitral, la cuestión sigue siendo controvertida por la falta de claridad que adolece la propia legislación (Ballesteros, 2020).

Concretamente, en el ámbito de la contratación pública, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su art. 320, habilitaba por primera vez a los entes, organismos y entidades del Sector público que no tuvieran el carácter de Administraciones Públicas, a conducir a través del arbitraje privado la solución de los conflictos derivados de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados con otros operadores privados. Esta previsión se mantuvo tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, operada mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, trasladándose al art. 50 de esta norma. Según este artículo:

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

De este modo, se reconoció expresamente la posibilidad de que fundaciones públicas y/o fundaciones del sector público estatal, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles públicas, bien fueran estatales, autonómicas o locales, pudieran acudir al arbitraje en lo concerniente a la ejecución y extinción de los contratos por ellos celebrados.

No obstante, en la vigente Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público se eliminó esta remisión expresa al arbitraje, limitándose las referencias que la



Ley reservaba a este método de resolución de controversias a lo previsto en su Disposición Adicional Primera, número tres, en virtud de la cual, en la contratación con empresas extranjeras se procurará suscribir cláusulas de sumisión a arbitraje cuando no sea posible la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las controversias que pudieran surgir (Esplugues, 2019).

Por su parte, en el ámbito autonómico encontramos ciertas particularidades por cuanto algunas comunidades se han referido expresamente a la posibilidad de someter a arbitraje las problemáticas surgidas en el seno de los contratos del sector público. Así lo hizo, por ejemplo, el Legislador aragonés, al incluir en su ordenamiento una previsión muy similar a la contemplada en el art. 50 de la derogada Ley de Contratos del Sector público de 2011. Concretamente, a través del art. 33.6º Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, se incluyó en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del sector público de Aragón, el art. 22, que permitía a los poderes adjudicadores sometidos a la misma, entendiendo como tales a los órganos de contratación de las entidades locales, dirimir mediante arbitraje los conflictos relativos a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebraran (García-Álvarez, 2022).

En Andalucía encontramos otro ejemplo, puesto que, a través del Decreto-Ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptaron medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma, se habilitó la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de los conflictos derivados de los efectos, cumplimiento, extinción y reequilibrio económico de los contratos en materias de libre disposición conforme a Derecho, para expedientes financiados con cargo a los fondos europeos. Quizá lo más llamativo de esta previsión era el hecho de que todo esto podía hacerse sin necesidad de que el Consejo de Gobierno de la comunidad se pronunciara mediante Decreto al respecto, de acuerdo con lo previsto en el art. 21.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (García-Álvarez, 2022).

Por último, en el ámbito local nos encontraríamos con una total ausencia de referencias expresas al arbitraje. El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprobaba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, reconocía en su art. 180, ap. 2:

“Las transacciones y arbitrajes previstos en el art. 39 de la Ley General Presupuestaria requerirán, cuando afecten a derechos de las Haciendas de las Entidades locales, el acuerdo del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente que tuviera asumida esa competencia.”

Sin embargo, esta norma fue derogada mediante la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, quedando la cuestión huérfana de previsión expresa en la legislación local hasta la actualidad (García-Álvarez, 2022).

En este contexto, y volviendo al título de este trabajo, surge la pregunta de si es posible someter a arbitraje las cuestiones en las que intervienen entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.



Podemos avanzar que la cuestión no es pacífica. A lo largo de este análisis revisaremos tanto el parecer de quiénes defienden tal posibilidad, como el de quienes se oponen a que el arbitraje sea un cauce apropiado de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho público.

II. ÁMBITO SUBJETIVO: ENTES, ORGANISMOS Y ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TENGAN EL CARÁCTER DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

ANTES de entrar a valorar si es posible someter a arbitraje las diferencias que pudieran surgir a raíz de los contratos celebrados por entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, debemos aclarar primero qué entidades encajarían en esta descripción.

La actual 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, establece en su art. 3 el ámbito subjetivo de aplicación, recogiendo en su número 1 las entidades que “a los efectos de esta Ley”, integran el sector público.

Según este artículo son entes del sector público: “[...] a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local; b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social; c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes; d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera; e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos: 1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución. 2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente. 3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público; f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo; h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el art. 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre; i) Los fondos sin personalidad jurídica; j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; k) Las asociaciones constituidas



por las entidades mencionadas en las letras anteriores; l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.”

A continuación, determina en su número 2 cuáles de estas entidades pertenecientes al sector público tienen, además, la consideración de Administraciones Públicas.

El art. 3.2º señala que “[d]entro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades: a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo; b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas”.

Sin embargo, la cuestión se complica un poco más, puesto que el número 3 del citado artículo, introduce también el concepto de “*poder adjudicador*”, incluyendo, nuevamente, la coletilla “*a los efectos de esta ley*”.

Según el mismo “[s]e considerarán poderes adjudicadores, a ellos efectos de esta Ley, las siguientes entidades “a) Las Administraciones Públicas; b) Las fundaciones públicas; c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este ap. 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores”.

Debemos retener esta alusión, a la que haremos referencia de nuevo más adelante, cuando hablemos del régimen jurídico de los contratos de los entes del sector público establecido en los arts. 321 y ss de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pues bien, esta previsión del art. 3.3º se trata, si se puede expresar así, de una categoría intermedia entre las Administraciones Públicas y la pléyade de entidades del sector público, teniendo tal carácter de poder adjudicador las propias Administraciones Públicas (art. 3.2º), las fundaciones públicas contempladas en el art. 3.1 e) de la Ley, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, y las demás entidades que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que no sean financiadas mayoritariamente, controlada su gestión, o nombrados la mitad de los miembros de sus órganos de dirección o administración, por uno varios sujetos que tengan el carácter de poder adjudicador.

Por tanto, surge una primera acotación (negativa) en relación con el título de este trabajo: se trata de hacer referencia a las cuestiones que, en materia arbitral, pudieran surgir en relación con los conflictos en que intervienen entes, organismos y entidades que, formando parte del sector público, no tuvieran la consideración de Administraciones Públicas.



La ordenación que propone este artículo dista de ser fácil de sintetizar; no en vano la cantidad y variedad de legislaciones sectoriales que a su vez ordenan este tipo de entidades a nivel autonómico y local contribuye a que la sistemática para determinar qué entes del sector público son o no son Administraciones Públicas sea, cuanto menos, farragosa.

Sirva el caso de los puertos como ejemplo (Soriano, 2020) pues, simultáneamente, mientras la doctrina debatía acerca de si estas entidades son o no entidades públicas empresariales, la normativa autonómica sobre puertos les reconocía diferente naturaleza jurídica, según los casos.

No obstante lo anterior, el limitado objeto de este trabajo obliga a que pasemos superficialmente sobre este debate, conformándonos con tener una idea general de la taxonomía que hace el art. 3 de la Ley de Contratos del Sector Público. Sirva para mayor claridad la diferenciación que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2039/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 20 de diciembre al señalar que “*no son Administraciones Públicas a efectos de dicha Ley* (refiriéndose a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público) *las entidades públicas empresariales y las sociedades públicas, esto es, lo que se entiende habitualmente por sector público empresarial, [...]*”

Así, en el ámbito estatal, y siguiendo el tenor del mencionado art. 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, encajarían en esta previsión las entidades públicas empresariales, las fundaciones públicas y/o fundaciones del sector público estatal, los fondos sin personalidad jurídica y las sociedades mercantiles públicas.

III. ÁMBITO OBJETIVO. CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE SER SOMETIDOS A ARBITRAJE

LA siguiente cuestión que debemos abordar es si los contratos que adjudican estas entidades susceptibles de acudir al arbitraje tienen, de acuerdo con la legislación de contratos del sector público, carácter público o privado, una distinción clásica del Derecho administrativo español.

Este punto es especialmente importante para nuestro estudio, por la tradicional reticencia que ha existido en España a la hora de permitir la utilización del arbitraje como método de resolución de conflictos en el ámbito administrativo, so pretexto de una pretendida incompatibilidad entre éste y el obrar de la Administración Pública quien, actuando en pro de los intereses generales, lo haría ejerciendo potestades públicas no sujetas a disposición e irrenunciables que serían incompatibles con el arbitraje, de naturaleza disponible, provocando esta situación que se pusieran en jaque principios democráticos básicos, tales como el principio de legalidad o la tutela judicial efectiva (Hierro y Jiménez-Blanco, 2016).

Esta perspectiva choca llamativamente con la realidad jurídica y económica actual, por cuanto en la actividad relacional de los operadores públicos no sólo hay cabida y se contemplan normativamente los actos de la Administración *iure imperii*, sino también



otros actos *iure gestionis*, de estricto carácter transaccional y económico, en los que la Administración se comportaría como un operador privado, no ejercitando ninguna potestad pública. Es lógico pensar que, en este tipo de relaciones, el arbitraje sería una alternativa útil para dinamizar los conflictos que pudieran ocasionarse en su seno (Hierro *et al.*, 2016).

Sobre el carácter de los contratos celebrados por entes públicos se pronuncian los arts. 25 y 26 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público. El primero de ellos confiere carácter administrativo a una serie de contratos (con carácter general, el de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios) siempre que sean celebrados por una Administración Pública. De acuerdo con la citada Ley, estos contratos administrativos se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

Por su parte, el art. 26 prevé que tendrán la consideración, entre otros, de contratos privados “*los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador*”. [También, según el art. 26.1 a), tienen el carácter de privados, los contratos que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del art. 25.1º y, según el art. 26.1º.b), los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas].

Si nos ceñimos al régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por estas entidades (recordando que la condición de poder adjudicador se detalla el art. 3.3 de la Ley de Contratos del Sector Público), en la misma norma encontramos las previsiones que deberán cumplir estas entidades para la adjudicación de contratos. Así, entre otras previsiones, el art. 321 establece la necesidad de que los órganos competentes de las entidades contratantes aprueben y publiquen unas instrucciones dónde se regule el procedimiento de contratación, con observancia de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, velando en última instancia porque los contratos se adjudiquen al mejor ofertante. Además, las referidas directrices se pondrán a disposición de todos los interesados en participar en el procedimiento de adjudicación y se publicarán en el perfil de la entidad contratante.

Por su parte, el número dos del art. 321 habilita a los órganos encargados de la adjudicación de contratos de estas entidades que no tienen el carácter de poder adjudicador, a no aplicar las mencionadas instrucciones con sujeción a una serie de reglas. Así, en contratos de obras de valor estimado inferior a 40.000 euros y en contratos de servicios y suministros de valor inferior a 15.000 euros, será posible su adjudicación directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y habilitado para realizar la prestación. Sin embargo, en la adjudicación de contratos de valor estimado superior a los referidos, o en aquellos concertados para la selección de proveedores, se deberán cumplir una serie de reglas adicionales y, en todo caso, garantizar los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

En todo caso debe retenerse que el orden jurisdiccional contencioso administrativo es el competente para conocer de las cuestiones que surjan en relación con la preparación



y adjudicación de este tipo de contratos, según lo establecido en el art. 321.5 de la Ley de Contratos del Sector Público.

En cuanto a la regulación de los efectos, modificación y extinción de estos contratos, también la Ley de Contratos del Sector Público contiene una previsión al respecto. El art. 322 prevé la aplicación de las normas del Derecho privado que correspondan. A nuestro entender en estos casos de efectos, modificación y extinción de estos contratos, y respecto de estas entidades que no tienen la condición de poderes adjudicadores, debería poderse aplicar el arbitraje para resolver las controversias que surjan en relación con los contratos que les afecten. Pero esto es adelantar la conclusión de esta humilde aportación.

IV. SOMETIMIENTO A ARBITRAJE DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR ENTES, ORGANISMOS Y ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TENGAN EL CARÁCTER DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una vez clarificados quienes serían los potenciales sujetos del arbitraje en el ámbito público, y la naturaleza de los contratos en los que éste podría tener encaje, corresponde ahora abordar la problemática sobre si tiene o no cabida en la legislación actual el sometimiento a arbitraje de aquellas cuestiones en las que intervengan entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores (en la cual están incluidas, por mor del art. 3.3º de la Ley de Contratos del Sector Público, las Administraciones Públicas). Para ello, parece oportuno conocer los cambios legislativos más destacados del arbitraje en el ámbito público en nuestro país.

La primera vez que una Ley española se pronunció acerca de la arbitrabilidad en el ámbito público fue en el Real Decreto de Bravo Murillo de 1852, publicado en la Gaceta de Madrid, nº 6460, de 29 de febrero de 1852, que establecía una prohibición expresa de someter a arbitraje “*los derechos y bienes económicos de la Hacienda Pública*”. La rotundidad de esta norma sería suavizada en 1911 con la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, publicada en la Gaceta de Madrid, nº 185, de 4 de julio de 1911, que posibilitó acudir al arbitraje para dirimir cuestiones de contratación pública siempre que hubiera una ley especial habilitante para ello.

Así, a pesar de que nunca existió ninguna norma que proscribiera expresamente el arbitraje en la contratación pública, este criterio de permitirlo previa habilitación mediante norma especial se mantuvo todavía en dos normas posteriores, en La Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, en su art. 41 y en el art. 54 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado.

No fue hasta este siglo, con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que se dulcificaron los requisitos para acudir a arbitraje en el ámbito público, siendo necesaria únicamente la obtención de un dictamen favorable del Consejo de Estado en Pleno (Soriano, 2014). Así se preveía que



“no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno”.

Es preciso señalar que en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Legislador aceptó por primera vez que los recursos de alzada y reposición fueran sustituidos, bajo circunstancias concretas, por el arbitraje. La referencia era tímida, pues afectaba únicamente al ámbito administrativo sin hacer mención alguna a cambios en la jurisdicción contencioso-administrativa, no obstante, se mantuvo en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que deroga la Ley 30/1992 (Hierro *et al.*, 2016). En concreto en su art. 112.2 cuyo tenor literal es el siguiente:

“[...] Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuesto o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. [...]”

No obstante, la primera referencia expresa al arbitraje en la contratación pública llegó de la mano de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que, en su art. 320, recogía lo siguiente:

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

Poco tiempo después, con la aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el Legislador confirmaba su tendencia hacia el reconocimiento del arbitraje, conservando la redacción del precepto anterior en el art. 50 del Texto Refundido.

Por primera vez se reconocía expresamente, y sin más restricciones que los límites objetivos que el propio artículo preveía – a saber, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos –, la posibilidad de que entidades públicas empresariales, fundaciones públicas y/o fundaciones del sector público estatal y sociedades mercantiles públicas, de ámbito estatal, autonómico o local, pudieran acudir al arbitraje para solventar las divergencias que surgieran en torno a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados al amparo de la Ley de Contratos del Sector Público (Hierro *et al.*, 2016).

Sin embargo, contra todo pronóstico, el Legislador enmendaba esta trayectoria pro-arbitraje eliminando todo rastro del art. 50 con la aprobación de la posterior Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que derogó el Texto Refundido de 2011, quedando como única referencia al arbitraje en esta nueva ley la contenida en el numeral tercero de la Disposición



Adicional Primera, en virtud de la cual se consagraba la incorporación de cláusulas de arbitraje como alternativa (“*cuando no sea posible*” dice la norma) a la jurisdicción ordinaria para los contratos con empresas extranjeras. No obstante, es llamativo que, en lo relativo a los contratos celebrados en el extranjero por empresas españolas, la Ley no se pronunció sobre la posibilidad de incluir cláusulas de sumisión a arbitraje (Hierro *et al.*, 2016).

Por tanto, la única previsión expresa que existió en la legislación administrativa sobre la posibilidad de someter a arbitraje problemáticas surgidas en el seno de contratos de índole pública ha desaparecido en la actualidad.

Siendo este el estado actual de la cuestión es fácil adivinar que aquellos a favor (Soriano, 2020) de que el arbitraje se asiente como un método más de resolución de conflictos en Derecho administrativo, han sido especialmente críticos con la supresión del art. 50 del Texto Refundido de 2011. No obstante, algunos autores han entendido que este silencio en realidad busca que sean las propias entidades quienes determinen si desean acudir o no al arbitraje (Hierro *et al.*, 2016), mientras que otra parte de la doctrina (Bardavío, 2022) ha interpretado esta supresión como una clara rectificación del Legislador, encaminada a desterrar el arbitraje como forma de solución de conflictos del Derecho administrativo.

Estas dos posiciones, la de aquellos que abogan por el uso del arbitraje, y la de aquellos que se muestran reticentes a que este método se imponga, se analizan brevemente a continuación.

1. A favor del arbitraje

Es indiscutible la rápida acogida que en las últimas décadas viene teniendo el arbitraje en casi todas las áreas de nuestro ordenamiento jurídico, revelándose como un método eficaz y garantista de resolución de conflictos. A pesar de ello, parece que el Derecho administrativo muestra todavía cierto recelo de cara a integrar plenamente este método como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa. No son pocos los autores que se han pronunciado a este respecto, señalando la posibilidad, más bien necesidad, de que el arbitraje se consolide también en aquellos ámbitos del Derecho administrativo en los que constitucionalmente tendría cabida, especialmente en la contratación pública, por el ahorro de tiempo y recursos que ello podría implicar (Hierro *et al.*, 2016).

El primero de los motivos que arguyen estos autores para defender la necesaria habilitación del arbitraje en el ámbito de la contratación pública es su compatibilidad tanto con el principio de legalidad, como con la Constitución Española. No es novedoso el reconocimiento que viene dándose tanto a nivel nacional como internacional al arbitraje como alternativa segura y garantista a la jurisdicción ordinaria.

Es más, en virtud de este corolario, ha entendido también el Tribunal Constitucional que, tanto el juez en la jurisdicción ordinaria, como el árbitro en el arbitraje, son tributarios de los principios esenciales del Estado de Derecho, entre ellos, del principio de legalidad (Hierro *et al.*, 2016).



Lo anterior eliminaría cualquier atisbo de duda en torno a si el arbitraje es constitucionalmente asumible en nuestra práctica procesal, pero, a mayor abundamiento, lo cierto es que uno de los requisitos que debe cumplir la producción última del arbitraje, esto es, el laudo arbitral, es la obligatoriedad de que sea motivado, garantía procesal que comparte con las sentencias judiciales, eliminando así toda sospecha de arbitrariedad o desprotección del justiciable.

Como broche para concluir esta caracterización del arbitraje como instrumento constitucional, restaría apuntar que los laudos están siempre sometidos a la fiscalización por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria (Hierro *et al.*, 2016). De este modo, incluso asumiendo la idea de que el arbitraje se conduce de manera paralela y con cierta indefinición con respecto a la jurisdicción ordinaria, en último término las partes podrían solicitar que el laudo fuera sometido al criterio de los jueces, garantes del cumplimiento del principio de legalidad y de la aplicación escrupulosa de todas las garantías procesales debidas.

Constatada la constitucionalidad del arbitraje como método de resolución de conflictos desde una perspectiva general que daría encaje a este instrumento en los diferentes órdenes de nuestro Derecho, lo cierto es que también se constituye como un instrumento apto para solventar las eventualidades que pudieran surgir en ciertos ámbitos del Derecho administrativo, y muy especialmente en el de la contratación.

Como adelantábamos en el epígrafe anterior, tradicionalmente se ha defendido, en contra de la utilización del arbitraje, que las actuaciones del Estado sólo pueden ser fiscalizadas por la jurisdicción ordinaria, concretamente por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por cuanto el Estado actúa en ejercicio de potestades públicas que tutelan el interés general y por tanto el arbitraje, un método regido por el Derecho privado, no garantizaría suficientemente la protección de los justiciables frente al Estado.

La proyección de este argumento en el ámbito de la contratación pública encuentra su encaje en los contratos administrativos, contemplados en el art. 25 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En estos contratos, la Administración actúa investida de unas prerrogativas que no detenta el justiciable. Para paliar este desequilibrio la actuación de la Administración se sujeta a un procedimiento reglado y muy detallado, orientado a evitar que, tanto el interés general como el del contratista, queden desprotegidos (Bardavío, 2022).

Sin embargo, el argumento anterior estaría ignorando que el Estado en ocasiones actúa como un particular más, sin estar revestido del *imperium* que lleva adherido el ejercicio de las potestades públicas. El Derecho administrativo español ha distinguido clásicamente entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*, en función de la posición que el Estado detenta en cada una de estas situaciones. De este modo, en los contratos administrativos, donde el Estado actúa *iure imperii* en el ejercicio de potestades públicas indeclinables, el arbitraje se revelaría como un instrumento inapropiado, pues no sería posible salvaguardar en su seno los principios esenciales del Estado de Derecho, por la especial posición que vendría ocupando en este tipo de contratos la Administración.



No obstante, en aquellas actuaciones del Estado de carácter meramente transaccional y económico, en las que actúa como lo haría cualquier otro operador jurídico (como un particular más) y dónde lo que se discute queda bajo la esfera del Derecho privado, no hay motivo lógico para proscribir el recurso a una vía de resolución de conflictos como es el arbitraje. En línea con lo que contemplaba la antigua Ley 3/2011 de Contratos del Sector Público, algunos autores (Soriano, 2014) entienden que el arbitraje tendría cabida para resolver cuestiones relativas a la ejecución, efectos y extinción de estos contratos.

Se ha de señalar, sin embargo, que estos contratos revisten ciertas particularidades que harían que no todos los estadios de su elaboración tuvieran encaje en el seno de un arbitraje, de conformidad con los principios constitucionales.

Como explicábamos antes, la fase previa a la adjudicación de estos contratos está regida por un procedimiento administrativo muy minucioso, de cara a garantizar que la adjudicación se concrete en la elección de la mejor oferta en términos económicos y de eficiencia, respetando en todo caso los principios de concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Por esto, los mismos autores que se han posicionado a favor de la asunción del arbitraje en contratación pública, entienden que esta fase previa es una materia indisponible y no susceptible de encauzarse a través de la técnica arbitral (Soriano, 2020).

De lo anterior se desprende que el arbitraje *per se* no implicaría una quiebra de la constitucionalidad en los contratos de Derecho privado que celebra el Estado, teniendo en cuenta el precedente del art. 50 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que en estos casos habilitaba expresamente a los entes, organismos y entidades del sector público que no tuvieran el carácter de Administraciones Públicas a acudir a este instrumento para la solución de las controversias que pudieran surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebraren.

Por todo ello, algunos autores (Soriano, 2014) entienden que no habría obstáculo para que la normativa habilitase el recurso al arbitraje en el caso de los contratos de Derecho privado. Así, argumentan que una legislación favorable al arbitraje podría resultar de gran ayuda para paliar la congestión que sufre desde hace años la jurisdicción contencioso-administrativa, mejorando en el plano constitucional la tutela judicial y la seguridad jurídica, al tiempo que en el plano económico se revelaría como un importante incentivo a la inversión en la contratación pública.

En este sentido, la posibilidad de incorporar convenios arbitrales en los pliegos de este tipo de contratos privados sería una alternativa interesante, comenzando quizá por los sectores menos problemáticos para poco a poco ir extendiendo esta práctica a otros ámbitos dónde pudiera resultar más conflictiva tal incorporación. Lo cierto es que, de este modo, se conseguiría relevar al Legislador de esta tarea, que recaería entonces únicamente sobre la Administración (Soriano, 2014).



Esta posición pro-arbitraje es, por otro lado, la seguida en países de nuestro entorno. En efecto, esta institución ha sido asumida ampliamente por otros países muy próximos a España, no sólo geográficamente, sino también cultural e históricamente (Hierro *et al.*, 2016).

Desde la perspectiva del *Common Law* anglosajón, la Ley de Arbitraje de 1996 prevé la aplicación de sus disposiciones a todos los convenios arbitrales de los que sea parte el Estado inglés. De este modo, se generaliza la utilización de la vía arbitral especialmente en lo referente a conflictos surgidos en el seno de contratos públicos (HIERRO *et al.*, 2016).

En el Derecho continental, destaca el sistema portugués donde el arbitraje administrativo se recoge expresamente tanto en la Ley 63/2011, de 14 de diciembre, de Arbitraje Voluntario [originalmente, *Lei da Arbitragem Voluntária*, publicada en el *Diário da República*, nº 238/2011, de 14 de diciembre de 2011], como en la Ley 15/2002, de 22 de febrero, por la que se aprueba el Código de Proceso de los Tribunales Administrativos [Originalmente, *Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, Aprova o Código de Processo nos Tribunais Administrativo*, publicada en el *Diário da República*, nº 45/2002, de 22 de febrero de 2002]. De este modo, es posible acudir al arbitraje en la contratación entre el Estado y los particulares, pero no sólo aquí, también en cuestiones relativas a la responsabilidad de las administraciones, la validez de los actos administrativos, o incluso en conflictos relativos al empleo público (Hierro *et al.*, 2016).

Por último, conviene referirnos al caso italiano, por su similitud con la situación española. Así, históricamente el Tribunal Supremo de Casación había rechazado la utilización del arbitraje en Derecho administrativo, de forma similar a lo que ha venido sucediendo en España. Pues bien, a través del art. 6 de la Ley 205/2000, de 21 de julio, sobre Disposiciones en materia de Justicia Administrativa, se concretó la posibilidad de que la Administración Pública pudiera acudir al arbitraje como método de solución de controversias alternativo a la jurisdicción contenciosa para materias de libre disposición (Hierro *et al.*, 2016).

Más concretamente, en el ámbito de la contratación pública, en el reciente Decreto Legislativo 50/2016, de 18 de abril, de Aplicación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, relativas a la adjudicación de contratos de concesión, contratos públicos y procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, así como para la reorganización de las normas vigentes en materia de contratación pública de obras, servicios y suministros [Originalmente, *Decreto Legislativo, 18 aprile 2016, n. 50, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubbliche e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, publicado en la *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana*, nº 91, de 19 de abril de 2016], se contempló la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos ocasionados en el seno de los contratos públicos, siempre y cuando el órgano de gobierno de la autoridad contratante lo autorizase de forma motivada, ya que de lo contrario no sería aplicable el convenio arbitral (Hierro *et al.*, 2016).



2. En contra del arbitraje en la contratación pública. Un riesgo para la tutela judicial efectiva

Esta perspectiva no está exenta de autores que se posicionan en su contra. Como veremos a continuación, abogan por que el arbitraje se destierre del ámbito público o, en el caso de que se permita, se limite minuciosamente de cara a garantizar la correcta materialización de la tutela judicial efectiva, entre otras garantías constitucionales.

Estos autores toman como pilar maestro de su argumentación la legislación vigente en torno a esta materia, es decir, la supresión del art. 50 de la Ley 3/2011, de 14 de noviembre, de Contratos del Sector Público en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre. En este sentido, entienden que este silencio es indicativo de un cambio sustancial en la voluntad del Legislador, orientado a que las problemáticas derivadas de la contratación pública se resuelvan únicamente acudiendo a los tribunales de la jurisdicción ordinaria (Bardavío, 2022), y no a través del arbitraje.

En este sentido, la incorporación en la Disposición Adicional Primera de la citada Ley de una previsión que permite recurrir al arbitraje de manera subsidiaria a la jurisdicción ordinaria en los contratos con empresas extranjeras se ha interpretado como un cambio en la tendencia del Legislador. Así, el Legislador habría pasado de incentivar la incorporación de cláusulas de sumisión a arbitraje en los contratos entre la Administración y las mercantiles extranjeras a, con la redacción vigente, relegar la utilización de esta vía sólo a los casos en que no se aceptara el sometimiento a la jurisdicción ordinaria por la empresa extranjera.

A mayor abundamiento, se suele hacer referencia a las previsiones del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, cuyo art. 123 hace una remisión expresa a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje:

“1. Las entidades contratantes podrán remitir a un arbitraje en derecho, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.

2. Los pliegos de condiciones determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista. [...]”

No obstante, a pesar de la claridad con la que se expresa este artículo, que podría llevarnos a pensar que se admite abiertamente el recurso al arbitraje en materias como la contratación pública sin más limitaciones, el art. 5.3 de este Real Decreto excluye expresamente de su ámbito de aplicación la contratación celebrada por las Administraciones Públicas:



“[...] Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este real decreto-ley los contratos que celebren las entidades que, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tengan la consideración de Administraciones Públicas, que se regirán por la mencionada ley, en todo caso. Únicamente se les aplicará el presente real decreto-ley para determinar si los contratos que celebren estas deben considerarse sujetos a regulación armonizada.”

El argumentario en contra del arbitraje (Bardavío, 2022) continúa refiriéndose a ciertos pronunciamientos judiciales que señalan lo improcedente que se revela el arbitraje en sede de contratación pública, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, nº 2039/2017, de 20 de diciembre, que se pronuncia respecto a la posibilidad de someter a arbitraje contratos públicos, tanto administrativos como privados.

Esta resolución rechaza la posibilidad de que se “*universalice el recurso a la técnica arbitral*” pues no todas las materias son de carácter dispositivo ni, por tanto, susceptibles de someterse a arbitraje. El arbitraje es un método de solución de controversias de Derecho privado, vertebrado en torno al principio dispositivo, propio de los contratos puramente negociales o transaccionales. Por el contrario, el Derecho administrativo está vinculado de forma ineludible con el Derecho imperativo. Este carácter aparentemente irreconciliable de ambos obliga a que la conformidad a Derecho de las cláusulas de sumisión a arbitraje en contratos públicos deba ser observada muy de cerca, a fin de tener la certeza de que la materia en cuestión es de carácter disponible.

En este sentido, razona la sentencia que esta cautela habrá de tenerse no sólo respecto de las actuaciones de la Administración en las que ésta obre en defensa del interés general (en lo que a nuestro estudio respecta, dentro de la contratación pública serían los contratos administrativos), sino también respecto de las relaciones de Derecho privado en las que participe la Administración (en lo que a nosotros interesa, dentro de la contratación pública serían los contratos privados). La sentencia es contundente en su planteamiento:

“(…) también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3 CE); servicio a los intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1º CE). Toda actividad administrativa –también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado – se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve.

Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho Público indisponible, sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado”.



En efecto, la sentencia referida se expresa con gran claridad. En primer lugar, niega la posibilidad de que se sometan a arbitraje los conflictos surgidos a raíz de los contratos en los que la Administración ejercita potestades públicas, pues esto vulneraría principios constitucionales. En segundo lugar, relativiza la aplicación del arbitraje en la contratación pública de carácter privado, aduciendo que, aunque se trate de contratos de carácter netamente mercantil, no puede ignorarse que la Administración, sea cual fuera el modo concreto en que ésta actuase, está vinculada por el Derecho Público indisponible.

Como último argumento en defensa de esta posición, los detractores de la utilización del arbitraje en la contratación pública señalan que la posibilidad de someter los laudos arbitrales al control judicial no garantiza la correcta salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva (Bardavío, 2022), pues en este trámite no se entra a conocer sobre el fondo del asunto.

En efecto, el recurso de anulación previsto en los arts. 40 y siguientes de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje no es un auténtico recurso pues su capacidad revisora queda limitada a un *numerus clausus* de motivos tasados, que son los contemplados por el art. 41.1º de la referida Ley, relativos únicamente a cuestiones que no inciden en el fondo de los asuntos.

Dice el art. 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje que “1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que: “a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) Que el laudo es contrario al orden público”.

Sobre las implicaciones constitucionales que se derivan de los procedimientos de anulación de los laudos arbitrales se pronunció, con cita de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 174/1995, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, nº 75/1996, de 30 de abril. La cuestión analizada fue el encaje constitucional de una norma (concretamente, el art. 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres) que establecía un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción quedaba condicionado a la obtención del consentimiento expreso de todas las partes. Esto suponía un choque frontal con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la previsión del art. 106 de la Constitución Española, en virtud del cual las actuaciones de la Administración habrán de ser fiscalizadas por los tribunales de justicia para garantizar la correcta protección de los justiciables, concretamente, que puedan obtener una resolución motivada que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

En este caso, la Sala concluyó que este precepto contravenía, efectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, conclusión esta que no quedaba desvirtuada por la posibilidad de instar un recurso de nulidad frente al laudo, pues este control no resultaría suficiente para garantizar el efectivo cumplimiento de la tutela judicial efectiva. Al quedar excluidas de esta revisión las cuestiones de fondo, ex art. 45 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre,



de Arbitraje, el control del laudo quedaría reducido meramente a un “juicio externo” que recaería únicamente sobre las garantías formales del mismo, revelándose como una garantía insuficiente del adecuado cumplimiento del deber que el art. 106 de la Constitución Española impone a la Administración en sus actuaciones.

Lo expuesto nos llevaría a concluir que no es posible acudir al arbitraje como método de solución de conflictos en la esfera de la contratación pública. No obstante, algunos autores (Parejo, 1999) han planteado como alternativa la introducción en el Derecho administrativo de un procedimiento arbitral *ad-hoc*, que permitiera al Sector público beneficiarse de las bondades de esta vía, al tiempo que se garantizara el respeto de las garantías procesales (Bardavío, 2022).

3. Nuestra posición. Hacia el arbitraje en la contratación pública

La previsión que recogía el art. 50 del derogado Real Decreto 3/2011, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, supuso un gran avance de cara a que los entes del sector público pudieran optar en el seno de sus contratos de Derecho privado por acudir al arbitraje, si así lo deseaban, para dirimir las controversias que se suscitaran a raíz de su cumplimiento, ejecución o efectos.

Lo cierto es que la legislación actual en materia de contratos del sector público guarda silencio a este respecto. Un silencio de lo más elocuente pues, como hemos expuesto, unos lo han interpretado como un viraje en la trayectoria pro-arbitraje que evidenciaba el Legislador desde 2007, mientras que otros han visto en ello una flexibilización de los requisitos de acceso a esta vía de solución de conflictos (Gimeno, 2017), permitiendo así que sean las propias entidades quienes establezcan en los pliegos de sus contratos si desean someterse o no a arbitraje.

Como apuntábamos en el capítulo anterior, históricamente el Legislador administrativo se ha mostrado reticente a asumir plenamente el arbitraje como alternativa o cauce principal (en aquellos supuestos en los que fuera posible) de resolución de conflictos de Derecho administrativo. Es incluso posible que este recelo se haya visto acrecentado en los últimos años tras los malos resultados obtenidos por el Estado español en los diferentes procedimientos arbitrales en los que se ha visto envuelto, a resultas de la supresión de las primas a las empresas de energías renovables (Soriano, 2014).

Desde que en 2017 un tribunal arbitral del CIADI fallase a favor de la compañía británica *Eiser Infrastructure Limited*, España se ha visto envuelta en numerosos arbitrajes con similares desenlaces (Martos 2024), y ello a pesar de que en junio de 2020 este laudo fuera precisamente anulado por grave quebrantamiento de una de las normas del procedimiento, al cuestionarse la independencia e imparcialidad de uno de sus árbitros (Bisila, 2020).

No obstante, el trance que supone la involucración directa para el Estado, el sentido negativo de muchos de los fallos y, más recientemente, ante la reticencia de España a hacer frente a estas resoluciones, la posibilidad de que se produzcan embargos por casi 5.000



millones de euros sobre activos españoles en el extranjero (Cruz, 2024), podrían haber empeorado en los últimos años la predisposición del Estado español a mostrarse favorable a este tipo de procedimientos.

A nuestro entender, dejando de lado tanto la mala prensa de estos arbitrajes, como el precedente restrictivo en el ámbito arbitral administrativo, sería deseable que el Legislador retome esta orientación aperturista hacia el arbitraje en la contratación pública, y que esto sea en el futuro objeto de un desarrollo legislativo más profuso, de tal manera que se precise el régimen y el ámbito de aplicación del arbitraje en el sector público. Esto evitaría, entre otras cosas, la disparidad de interpretaciones al respecto, e incentivaría una mayor recurrencia de todos los operadores jurídicos a este mecanismo de resolución de conflictos.

En un ejercicio de abstracción, desprovveyendo al instrumento arbitral de sus buenas y malas referencias, lo que es innegable, pues lo suscribe la práctica diaria en otros órdenes jurisdiccionales, es que se trata de un método de solución de controversias rápido y eficaz. Esta noción por sí sola ya debería ser un aliciente más que suficiente para que el arbitraje fuera deseado sin miramientos en el ámbito administrativo, preocupantemente falto de agilidad. Más aún cuando los contratos formalizados por entes, organismos y entidades del sector público son de una entidad tan significativa en nuestro país, tanto económica como reputacional.

La posibilidad de esclarecer, conforme a Derecho y de forma dinámica, las desavenencias que ocurren en el seno de estos contratos contribuirían, además de a mejorar la seguridad jurídica, a que la opinión pública revirtiera su percepción sobre la contratación en el sector público, un ámbito tradicionalmente hostigado por la corrupción y el mal uso de los fondos públicos. En un mundo como el actual, dónde la transparencia y el “*fair play*” han dejado de ser potestativos para convertirse en las líneas básicas de la actuación privada, es lógico pensar que el sector público ha de seguir el mismo camino.

El arbitraje posibilita esta transformación, evitando que los conflictos se anquilosen y que con ello se perpetúen o crezcan sus efectos negativos. Efectos estos que, independientemente de cómo se concreten y en cualquier caso, son externalidades indeseables para el Estado que revelan un uso ineficiente de los recursos públicos. De esta manera, la mayor preocupación no habría de ser si el arbitraje tiene o no encaje en nuestro Derecho administrativo, si no cómo utilizar este instrumento para conducir más eficientemente la litigiosidad en el ámbito administrativo, optimizando los recursos disponibles.

En definitiva, lejos de constituir una “*privatización de la justicia*” (Hierro *et al.*, 2016), pues más bien es un complemento, el arbitraje es un instituto moderno, reconocido y empleado a nivel internacional, cada vez más extendido, que posibilita que la resolución de conflictos sea ágil, encauzándola a través de un procedimiento garantista, al tiempo que antiformalista y flexible, que culmina con una resolución motivada, y susceptible de revisión en la jurisdicción ordinaria.

No obstante lo anterior, una regulación favorable al arbitraje que no se concretara adecuadamente sería poco más que “papel mojado”. Tan importante es permitir a los contratantes acudir al arbitraje como que el sistema de arbitraje que se plantee sea eficiente,



tanto en un plano jurídico en cuanto a garantías procesales y rigor constitucional, como de optimización de recursos ya en uso. Precisamente sobre esta cuestión han mostrado su preocupación algunos autores (Murillo, 2011), proponiendo cambios que podrían contribuir a que esta adaptación se ejecutase de la forma más eficiente.

En este sentido, se propone (Murillo, 2011) que los tribunales administrativos encargados de la resolución de los recursos en materia de contratación pública podrían adaptarse para conducir este tipo de arbitrajes, como una suerte de cortes arbitrales *sui generis*, aprovechando su gran especialización y conocimiento de la materia, haciendo los cambios legislativos pertinentes, de tal manera que se complementara su conocimiento de la vía administrativa, con una *vis* más privada que se adecuase mejor a los principios del arbitraje.

Del mismo modo (Murillo, 2011), sería deseable implementar un procedimiento arbitral flexible, que permitiera aunar las ventajas del cauce arbitral al tiempo que respetara las particularidades de los contratos públicos, en cuanto instrumentos de Derecho administrativo. Por último, y como cierre para que este futuro sistema arbitral se ensamblara y funcionara debidamente, sería necesario que los Reglamentos de las Cortes Arbitrales a quienes se encomendasen estos asuntos se sujetaran a los principios de flexibilidad y antiformalismo, propios del arbitraje, de cara a conseguir los mejores resultados posibles.

En definitiva, España no debería quedarse atrás a la hora de apreciar las ventajas que la aceptación sin ambages del arbitraje como método de solución de conflictos en la contratación pública tendría en términos de opinión pública, seguridad y certeza jurídica, así como de rapidez y modernización, pudiendo de este modo mantenerse en la élite de las democracias más garantistas, al tiempo que atrae a territorio español inversión proclive a las facilidades que trae consigo el arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS PANIZO, C., “El criterio de arbitrabilidad en Derecho administrativo”, *Revista General de Derecho administrativo*. 2020, nº 55.
- BARDAVÍO DOMÍNGUEZ, P., “¿Cabe el arbitraje en los contratos administrativos? Comentario sobre el Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón”. *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2021. 2022, vol. 13, 371–387. ISSN: 2172–6531.
- BISILA TORAO, M., “Comité de Anulación del CIADI anula laudo de Eiser vs. España por constitución incorrecta del Tribunal y grave quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento”. *Investment Treaty News*. 5 de octubre de 2020.
- CRUZ PEÑA, J., “Grandes inversores identifican 5.000 M para embargar a España por el impago a las renovables”. *El Confidencial*, 8 de mayo de 2024.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V., “El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2012, núms. 39–40, pp. 153–156.



- ESPLUGUES BARONA, C., “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿Evolución o Revolución?” *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2019, vol. 11, nº 2, 85–99. ISSN: 1989–4570.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “Ejecución de los contratos públicos y arbitraje”, *Observatorio de Contratación Pública*. 2022.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público ¿Una nueva oportunidad perdida?” *Revista española de Derecho administrativo*, nº 182, 181–221. 2017.
- HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, A. y JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, G., “Hacia el reconocimiento del arbitraje en el derecho público”, *Anuario de Arbitraje*. 2016, capítulo 18.
- PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre el “arbitraje administrativo”, a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid”. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 1999, nº 1, 11–27.
- MARTOS VILLAR, A., “Los perjudicados por los laudos renovables identifican 4.600 millones en activos españoles para embargar”. *La Información Económica*, 31 de mayo de 2024.
- MURILLO JASO, L., “Sobre la necesidad del arbitraje en la contratación pública”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2011.
- SORIANO HINOJOSA, A., “El Estado y la Administración pública ante el arbitraje internacional”, 2014. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, pp. 439–448.
- SORIANO HINOJOSA, A., *Arbitraje y Derecho Público. Perspectiva interna e internacional*. Director: José Carlos Fernández Rozas. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2020.



Arbitraje y contratación pública

Contratación pública y arbitraje. Posibilidades que resultan de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público

I. EL PUNTO DE PARTIDA: RECEPCIÓN DEL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Hacia la restitución del arbitraje: reforma y reunificación del régimen del arbitraje de Derecho privado

LA promulgación de la primera ley moderna en materia de arbitraje, la Ley de 22 de diciembre de 1953, excluyó expresamente de su ámbito de aplicación los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho público, refiriéndose como tales a aquellos de “naturaleza internacional, corporativos, sindicales o de cualquiera otra índole”, a los que remitía a las disposiciones específicas por las que pudieran regirse.

De la Exposición de Motivos de la citada ley resultaba que, no obstante quedar fuera de su imperio

“todos los arbitrajes que no sean de Derecho privado”, se indicaba que ello “no quiere decir que no les dé valor ni incluso que, con respecto a ellos, no sea aconsejable una adecuada reforma, sino simplemente que ha parecido más oportuno no confundir ese tipo de arbitrajes, de distinto significado y estructura, con el arbitraje puro entre particulares”;

diferencia que en absoluto esclarece.

2. En paralelo, excepcionalidad del arbitraje en las relaciones patrimoniales y de contratación de las Administraciones públicas

La preeminencia de la soberanía estatal sobre los derechos de los particulares, el predominio de lo público sobre lo privado, condujo a regulaciones extremadamente severas en el establecimiento de los requisitos exigibles para la aplicación del arbitraje extramuros de



las relaciones entre particulares, aun cuando el objeto de la discusión versare sobre bienes o derechos patrimoniales del Estado, al extremo de que el art. 41 Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, ley 89/1962, de 24 de diciembre, determinó que “para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes y derechos patrimoniales hará falta una Ley que lo autorice”.

En conformidad con los principios precedentes, la legislación que devino entonces inmediatamente vigente en materia de contratación, constituida por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que resultó aprobado el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, conforme a la ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, derogatoria de la ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, reformada por la ley de 20 de diciembre de 1952, omitió en su articulado toda referencia al arbitraje, como mecanismo de solución de controversias relacionadas con la contratación pública, remitido a su regulación en la LPE.

3. Incitación internacional y comunitaria en el origen de la instauración de un régimen jurídico del arbitraje susceptible de ser aplicable a las administraciones públicas e ineffectividad del estímulo en materia de contratación pública

El surgimiento de condiciones de posibilidad para la emergencia del arbitraje, si no en el ámbito vedado de las relaciones jurídico-públicas, sí al menos en el correspondiente al incipiente arbitraje de las relaciones patrimoniales sometidas al Derecho privado, tras el intento fallido de 1953, hubo de aguardar hasta la fecha del 21 de junio de 1985, por efecto del impulso exógeno al sistema jurídico patrio de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, por la que se aprobó en tal fecha la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional “como respuesta a las insuficiencias y disparidades de las leyes nacionales”.

Contribuyó coadyuvantemente al propósito de implantación del arbitraje el Comité de Ministros del Consejo de Europa, por quien, en su Recomendación 12/1986, se postuló la adopción por los Gobiernos de medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales para que “en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y eficaz a la acción judicial”.

Anteriormente al desarrollo de las iniciativas internacionales, diversas modificaciones normativas en el ámbito de la Ordenación del Seguro Privado (desde el régimen establecido en la Orden de 7 de mayo de 1947, hasta el introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre); de la Defensa de los Consumidores (Tribunales Arbitrales de Consumo); y de la Ordenación de los Transportes Terrestres (Tribunales Arbitrales del Transporte) habían introducido instancias arbitrales, sin perjuicio de que, en el decurso del tiempo, dichos sistemas inaugurales hubieran resultado fallidos o disconformes con los principios del arbitraje e, incluso, declarados inconstitucionales por su carácter obligatorio y no respetuoso con la libre determinación de la voluntad de los interesados.



La respuesta al llamamiento y apelación internacional al relanzamiento del arbitraje se produjo mediante la promulgación de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, por la que se dio satisfactorio cumplimiento a los requerimientos comunitarios, modificando sustancialmente la legislación de la institución arbitral, en plena correspondencia con el contenido de la Ley Modelo CNUDMI, introduciendo un sistema apto para la reconducción a la vía arbitral de todos aquellos conflictos que la ley no consideró insusceptibles de arbitralidad, abriendo la contratación, ya fuere pública o privada, a la utilización del arbitraje como mecanismo de solución extrajudicial de conflictos

Entretanto, la normativa estatal en materia de contratación mantuvo su vigencia hasta años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, muy posteriormente a la más reciente e innovadora regulación del arbitraje introducida por la Ley de 1988, transformadora radicalmente del panorama diseñado por la legislación de arbitrajes de Derecho privado de 1953, produciéndose únicamente su modificación mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, el legislador no consolidó ni perfeccionó la senda de apertura de la solución de disputas contractuales a la vía arbitral, no obstante las recomendaciones internacionales y la congruencia de la materia contractual con el arbitraje; pues, si bien la institución tuvo expresa recepción y reconocimiento en la nueva Ley, careció de novedad en sí misma, al constituir la opción arbitral elegida remedio preexistente en la legislación nacional, que no hubiera precisado, para su aplicación, mención expresa, como no fuera para la ratificación de la arbitralidad de la materia de contratación pública.

En efecto, dentro del Capítulo IV del Título III de la ley 13/1995, donde se consolidaban y desarrollaban las prerrogativas de la Administración, y en evidente pugna y contrapunto respecto de las mismas, se introdujo, en el punto 2 de su art. 61 la disposición habilitante del sometimiento a arbitraje, si bien sometido a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas; por lo que no pudo afirmarse, entonces, la efectividad de la extensión y expansión del arbitraje al ámbito de la contratación, malográndose el impulso que para el cambio de paradigma hubiera podido representar la modernización de la regulación del arbitraje como consecuencia de la incorporación de la Ley Modelo de 1985 a través de la Ley de Arbitraje de 1988.

Esta disposición se reprodujo literalmente en el art. 60.2º del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/ 2000, de 16 de junio.

Que no hubiera resultado posible afirmar entonces la efectiva recepción útil de la institución arbitral en el ámbito de la contratación pública, resulta del hecho de que la regulación de la figura en la Ley General Presupuestaria –en aquel entonces Ley 11/77, de 4 de enero– establecía como requisito para el sometimiento a arbitraje de las contiendas suscitadas sobre los derechos de la Hacienda Pública –que incluían los rendimientos procedentes de su patrimonio y cualesquiera otros además de los ingresos de Derecho público, que obtuviere la Hacienda pública, por determinación de su art. 22– Decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.



4. Reforma de la legislación general de arbitraje y normalización isonómica del sometimiento a arbitraje de las entidades del sector público que no fueren Administraciones públicas

Fue sólo tras la entrada en vigor de la más reciente legislación en materia de arbitraje, constituida por la Ley 60/2003, cuando, al reformarse la legislación en materia de contratación pública, como consecuencia de la incorporación de la Directiva 2004/18/CE, Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, mediante la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, puede certificarse el acta de nacimiento del arbitraje en materia de contratación, a través del art. 320 –último de dicha ley, incluido en su Libro sexto–, sobre el “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”.

El precepto establecía que

“los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la ley 60 2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”;

si bien debe remarcarse que dicho Libro sexto fue introducido, en verdad, únicamente tras la reforma de la ley 30 /2007 efectuada por la ley 34 /2010 de 5 de agosto.

El régimen de sometimiento a arbitraje así definido se mantuvo en su literalidad en el Texto Refundido de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, exigido por las sucesivas modificaciones del régimen de la contratación en el sector público operadas desde la aprobación de la ley 30 /2007, asignándosele el art. 50.

5. El punto de llegada: aparente reversión de la aplicación del arbitraje en materia de contratación del sector público

Conforme a los precedentes citados, hubiera podido pensarse que la más reciente reforma de la legislación sobre contratación del sector público, constituida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, mediante la que se incorporaron las Directivas comunitarias 2014/23/UE y 2014/24/UE, habría, al menos, si no extendido, al menos mantenido el régimen de sometimiento a arbitraje en materia de contratación pública.

Lo cierto ha sido, que no solamente no contempla la regulación introducida por la nueva disposición precepto alguno relativo al arbitraje (con la excepción de las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Primera sobre “*contratación en el extranjero*”, circunscritas al supuesto establecido en el punto 3 de la misma), sino que tampoco se justifica



en la Exposición de Motivos la razón de la exclusión; cuando sí se reconoce expresamente –al menos– la supresión de la *cuestión de nulidad* (Punto IV Exposición de Motivos).

Sobre los antecedentes relacionados ; en vista de la ordenación sistemática del arbitraje en el conjunto del ordenamiento y considerando el dualismo ínsito en el sistema por efecto de la antinomia existente entre las relaciones jurídicas privadas y públicas, unido al impacto del ordenamiento transnacional comunitario, surge la cuestión acerca de la posibilidad de sometimiento a arbitraje en materia de contratación pública y el eventual asiento del fundamento de una respuesta positiva en la propia Ley 9/2017.

El desarrollo que sigue a continuación examina, con brevedad, los argumentos favorables y contrarios al mantenimiento del arbitraje en materia de contratación; aventurando la determinación, en el supuesto de una respuesta positiva – sumariamente – del alcance que normativamente pudiera corresponderle al mismo.

II. EL PRESUPUESTO NEGATIVO: ¿ CABE INFERIR DE LA OMISIÓN/SUPRESIÓN DE LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO LA RESTAURACIÓN, COMO CONDICIÓN ÚNICA DE SU POSIBILIDAD, DE LA OBSERVANCIA DE LOS REQUISITOS QUE PARA LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE CONTIENE LA VIGENTE LEY GENERAL PRESUPUESTARIA?

EN vista de la omisión de la contemplación del arbitraje como mecanismo de solución de controversias aplicable en materia de contratación pública, tomando en consideración, interpretativamente –“*antecedentes históricos y legislativos*”; art. 3.1º Cc– los precedentes que sí lo hubieron proveído , relacionados prodrómicamente a tale efectos heurísticos, cabe preguntar si ello implica el retorno y regreso a la situación equivalente en el tiempo en el que no existía la expresa regulación del arbitraje en el ámbito de la contratación pública.

1. Presuntividad del retorno del sometimiento a arbitraje en materia de contratación pública mediante sujeción a los requisitos de la Ley general presupuestaria

En tales circunstancias, resultaría de aplicación el régimen contenido en la Ley General presupuestaria, cuya normativa vigente, Ley 47/2003, de 26 de noviembre, mantiene el condicionamiento del sometimiento a arbitraje de las contiendas que se susciten sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal a la aprobación mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en pleno (art. 7.3º).

Afortunadamente, la derogación de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, al omitir toda regulación del arbitraje, ofrece fundamento para entender suprimido



el requisito de la “*autorización por Ley*” para el sometimiento a arbitraje sobre bienes y derechos patrimoniales, por lo que el único régimen vigente entonces –exceptuados regímenes específicos– para el arbitraje público no será otro sino el establecido en la citada Ley General Presupuestaria.

2. Soberanía del Estado y prerrogativa de los poderes públicos como factor explicativo de la exclusión del arbitraje público

El fundamento último que pudiera justificar la exclusión de la aplicación del arbitraje en materia de contratación pública –que, de alguna manera, se trasluce en la tortuosa trayectoria de la aplicación de la institución arbitral en dicho ámbito– posee naturaleza última de índole política, descansando en la tradicional “*insumisión de los poderes públicos*” y la ilusión del control de su actividad, cuya paulatina consecución describe la ruta de los procesos históricos de constitucionalización que han atravesado los diferentes países de la comunidad internacional.

La evidencia de la vinculación del carácter del sistema político respecto de la elegibilidad o no del arbitraje queda de manifiesto por el hecho del expreso reconocimiento del arbitraje como solución de controversias en una Constitución *liberal*, como la de Cádiz de 1812 (arts. 280 y 281, conforme a los precedentes constitucionales franceses de 1791; 1793; 1795 y 1799; sin que resulte posible, no obstante, interpretar que el arbitraje aplicara allende las disputas civiles entre los ciudadanos), después de la cuál no volvió nunca a reinstaurarse el arbitraje como institución constitucional, de donde el cariz en mayor o menor grado *autoritario* de las Constituciones posteriores, en todo caso asimétricas en cuanto al tratamiento jurídico del Estado frente a los particulares.

Nótese que el antecedente moderno de la instauración del “control” de la actividad de la Administración pública, producido a través de las Leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845, mediante las que se introdujo el régimen contencioso– administrativo, directamente tributario del sistema francés, renunció, equivalentemente, a poner en manos del Poder Judicial la revisión de los actos de las Administraciones Públicas; sin perjuicio de la paulatina jurisdiccionalización ulterior del orden de lo contencioso–administrativo y no obstante la perduración en el tiempo de la exclusión del control de los “*actos políticos del Gobierno*”, y la inmunidad jurisdiccional inherente, que perduró incluso durante la vigencia de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso–administrativa, de 27 de diciembre de 1956, hasta la ley post–constitucional de 1998.

La finalidad última de satisfacción de los intereses públicos y la atribución y reconocimiento de prerrogativas, frente a los particulares, que para el aseguramiento de la consecución de dicha finalidad ha sido históricamente asignada a los poderes públicos –soslayando que no cabe existe mayor “*interés público*” que el respeto de las leyes y la determinación conforme a justicia de las posiciones relativas de las abstracciones que son el Estado y los poderes públicos frente a los ciudadanos a los que deberían servir y atribuyendo preferencia excluyente al “*interés público*”, aun sin fundamento legal, frente al “*interés particular*”,



aun fundado legalmente— ha constituido, de antemano, impedimento y obstáculo para la progresión en la igualación de la posición del Estado en los conflictos que se suscitaran frente a los particulares., necesaria para la aplicación del arbitraje, como ejemplarmente ha destacado la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003 (aunque pueda mantenerse que la igualación se predicaba respecto de terceros Estados, y no respecto del propio).

La consecuencia de ello ha sido que el Estado sólo aparentemente queda sujeto a control efectivo, ya que el sometimiento que acepta se produce respecto de una emanación de sí mismo, uno de los Poderes de dicho Estado; y ello aun mitigadamente por la circunstancia de que el vehículo para el control de la actividad pública se realiza a través de un orden jurisdiccional diferenciado como lo es el contencioso—administrativo.

En definitiva, al Estado le ha repugnado históricamente el sometimiento a control, aceptándolo solo condicionalmente respecto de la emanación del mismo que es el Poder Judicial propio, por efecto de la presunta división de poderes; y rechazándolo cuando el sometimiento hubiere de realizarse en favor de meros particulares, integrantes del tribunal arbitral, de donde la dificultad de asentar, interpretativamente, la neutralidad de los efectos de la supresión del reconocimiento del arbitraje en materia de contratación.

3. Efecto negativo de la hipótesis supresora de la omisión: jurisdiccionalización de las controversias en materia de contratación excluyente del arbitraje

La primera —y más grave y definitiva— consecuencia que pudiera inferirse tras la supresión de la aplicación específica del arbitraje en materia de contratación pública (sin perjuicio del régimen excepcional que contempla la Ley General presupuestaria) no sería otra sino la imperatividad de la aplicación estricta del régimen jurisdiccional que contempla el art. 27 de la Ley 9/2017.

En dicho precepto se determina, respecto de las materias que las regulaciones preexistentes admitían pudieran ser objeto de arbitraje, la atribución de su conocimiento al *orden jurisdiccional civil*.

El orden jurisdiccional civil es el competente para resolver las controversias que se susciten entre las partes contratantes en relación con los efectos y extinción de los *contratos privados* que se celebren,

- i) por entidades del sector público que tengan la condición de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas;
- ii) por aquellas entidades del sector público que no ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Nótese que la regulación precedente del *arbitraje* en materia de contratación pública excluía del sometimiento al mismo de aquellas controversias que afectaren a los efectos



y extinción de los contratos privados celebrados por las Administraciones Públicas; evidenciándose la reticencia manifiesta del Poder frente al arbitraje, incluso en el ámbito de las relaciones meramente civiles.

Resulta del régimen jurisdiccional la evidencia de la preferencia del Legislador (el Ejecutivo que controla el Parlamento) por la jurisdicción; más particularmente, por la jurisdicción “friendly”, como lo es la contencioso-administrativa, en la que habitualmente los derechos de los particulares suelen ser sacrificados en el altar del “interés público”.

Dado que entre las entidades del sector público que no ostenten la condición de *poderes adjudicadores* se encuentran

- i) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación pública sea superior al 50% (sin perjuicio del régimen específico aplicable como consecuencia de las disposiciones contenidas en la ley del Mercado de Valores, Real Decreto Legislativo 4/2015);
- ii) las entidades con personalidad jurídica propia, y/o Entidades públicas empresariales de carácter industrial o mercantil,

la conclusión provisional derivada del régimen jurisdiccional subsistente y de la aceptación de su obligatoriedad implicaría la exclusión de sometimiento a arbitraje de cualesquiera manifestaciones de la contratación privada en el sector público que no afecte a negocios excluidos de la aplicación de la Ley 9/2017.

4. Interpretación de la excepción al sometimiento a la jurisdicción del arbitraje de controversias nacidas de contratos formalizados con empresas extranjeras y ejecutados en el extranjero

El hecho mismo de la referencia al arbitraje en la Disposición adicional primera, fuera de restringirse específicamente a la contratación en el extranjero (contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero), no constituiría un argumento favorable al arbitraje en materia de contratación pública (más allá de los supuestos específicos de aplicación que la Disposición contempla), sino que, contrariamente, argumentaría en contra.

Primeramente, por la expresa restricción del ámbito de aplicación, limitada a la contratación en el extranjero; y, en segundo lugar, porque, de manera clara y rotunda se establece que cuando la contratación se realice con empresas españolas “*se incluirán cláusulas de sumisión a los tribunales españoles*” (punto 2).

Más aún, incluso en el supuesto de que la contratación se realice con empresas extranjeras “*se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir*”.

Es únicamente en el supuesto de que “*no sea posible*” la sumisión a los Tribunales españoles, cuándo se establece que “*se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje*”; mas



ello, inequívocamente, tiene por justificación la elusión del sometimiento a Tribunales y jurisdicciones extranjeras.

Por lo tanto, el régimen descrito en la Disposición Adicional Primera constituiría una mera excepción al régimen general de sumisión de las controversias al orden jurisdiccional civil contemplado en el art. 27 de la Ley.

De otra parte, la regla hace patente y manifiesta la razón de la preferencia por la jurisdicción frente al arbitraje; pues el Estado proyecta sobre la actuación de los Tribunales extranjeros la convicción sobre el modo de actuación “favorecedor” de los propios Tribunales

El Estado expresa, con reiteración, su aversión al arbitraje, persuadido de la fiabilidad de los Tribunales que se constituyeron *ad hoc* en el s. XIX para disimular la ineffectividad de la plena sumisión a la Ley, obtenida mediante el recurso espurio del “sometimiento” a una jurisdicción aplicativa de la Ley que no es respetuosa con el principio de igualdad de trato de las partes.

La conclusión provisional que resulta de la omisión de la regulación del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de contratación pública no impide que prosigamos adelante en el esfuerzo de indagar la existencia de argumentos que permitan sostener la efectividad del arbitraje, conforme al ordenamiento jurídico español, en materia de contratación pública.

III. PRESUPUESTO POSITIVO: EXAMEN COMPLEMENTARIO DE ARGUMENTOS FAVORABLES A LA EXTENSIÓN DEL ARBITRAJE EN CUANTO A LOS EFECTOS Y LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS PRIVADOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. El arbitraje de controversias que no afecten a administraciones públicas en sectores específicos

EL régimen jurídico de la contratación en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales, seguros y otros regulado en el Real Decreto ley 3/ 2020, de 4 de febrero, que incorpora al ordenamiento jurídico español y traspone la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, establece en su art. 123, Capítulo tercero del Título VII, bajo el título “*Solución extrajudicial de conflictos*”, la previsión del arbitraje.

El punto primero del precepto resulta prometedor, en la medida en que de forma clara prescribe que las “*entidades contratantes*” (aquellas a las que, desde un punto de vista subjetivo, resulta de aplicación la normativa especial a la que nos referimos, comprendiendo a los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas y a las empresas públicas, entre otros) pueden remitir a un *arbitraje en derecho* –se excluye, pues, el arbitraje de equidad –, sometido a las disposiciones de la Ley de arbitraje, Ley 60/ 2003, de 23 de



diciembre, la solución de las diferencias que pudieren surgir en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.

A partir de la disposición referida, pudiera hallar base un argumento favorable a la persistencia del arbitraje en el ámbito de la contratación, si bien con el alcance restringido que ya hubiera sido establecido en las regulaciones de la contratación pública anteriores a la Ley 9 /2017, *excluyendo a las Administraciones Públicas*, dado que la definición legal de las entidades contratantes no las comprende, por lo que los contratos que pudieran celebrar las Administraciones públicas en los sectores específicos mencionados quedarán sometidos a la Ley 9/2017.

Sin embargo, de la lectura de los dos apartados siguientes que integran el precepto la conclusión no parece puede hallar confirmación plenamente satisfactoria; en la medida en que, en el primero de ellos se remite al contenido de los *Pliegos de condiciones* la composición del *órgano colegiado* –se excluye por tanto el Tribunal arbitral unipersonal– al que correspondería la resolución de la controversia, garantizándose que al menos uno de los miembros se ha propuesto por el contratista.

Dado que no se establecen restricciones a la regulación de la materia en el Pliego (exceptuado las que pudieren resultar de la interpretación cruzada del precepto con la remisión general a la Ley de arbitraje que establece el punto primero), bien pudiera resultar de su redacción contenido contrario o disconforme con los principio y previsiones de la Ley de Arbitraje, lo que pudiera dar lugar a la impugnación de los propios Pliegos, paradójicamente, mediante la utilización de mecanismos de solución de conflictos no arbitrales, como las *reclamaciones en materia de contratación*.

Resulta, si cabe, más problemática la regulación que resulta del punto tercero y último del precepto, ya que en éste se determina que, si el Pliego no hubiera establecido la composición del órgano arbitral, no existiendo acuerdo entre la entidad contratante y el contratista, la *competencia para resolver el arbitraje* correspondería al órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación que establece el art. 119 de la norma.

Este precepto identifica como tales, de acuerdo con el art. 120 al que el último se remite, a los órganos competentes para la resolución de las reclamaciones en materia contractual que contempla la Ley 9/2017; es decir los *Tribunales especiales de Recursos Contractuales*, cuya naturaleza extraña a la constitución voluntaria y *ad hoc* de los Tribunales arbitrales resulta patente y manifiesta.

En consecuencia, si bien es cierto que la expresa aceptación normativa del recurso al arbitraje, en principio conforme a las disposiciones generales contenidas en la ley de arbitraje, permite afirmar la aplicabilidad de la institución para la solución de conflictos en materia de contratación, aun en los sectores específicos regulados (*agua, transporte, electricidad, seguros y otros*), el mismo hecho de la especialidad de la norma y la misma circunstancia de su regulación expresa pudiera argüirse como argumento contrario al uso del arbitraje en materia de contratación del sector público respecto de los contratos regulados



en la Ley 9/2017; ya que, por equivalencia conceptual, si la voluntad del legislador hubiera sido admitir el sometimiento a arbitraje de las controversias que afectaren a los efectos y a la extinción de los contratos privados celebrados por entidades que no ostentaren la condición de Administraciones Públicas hubiera bastado con la preservación de la mención expresa de dicha posibilidad, de acuerdo con la regulación precedentemente realizada en las leyes de contratación pública que antecedieron a la Ley de 2017.

2. Arbitraje en los negocios excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la legislación de contratación

El hecho de que la legislación en materia de contratación contemple expresamente negocios excluidos de su ámbito de aplicación –particularmente los que se contienen en los arts. 4 a 11 de la Ley 9/2017– autoriza la conclusión de que, al menos respecto de algunas de las categorías contractuales excluidas –en concreto las que se contemplan en el art. 9.2º– resultaría siempre posible la inclusión en los correspondientes contratos de cláusulas de arbitraje ordinarias, con pleno sometimiento a la ley de arbitraje.

La naturaleza de estos contratos resulta característicamente afín al tipo de negocios que se celebran en el ámbito de las relaciones entre particulares, dado que se incluyen los contratos de “*compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas*”.

Se admite la inclusión de prestaciones propias de los *contratos típicos* (contrato de obras; concesión de obras; concesión de servicios; contrato de servicios, contemplados en la Sección primera del Capítulo segundo del Título Preliminar al que se refiere el propio precepto) siempre que el valor estimado de las mismas no sea superior al 50% del importe total del negocio y si mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante, como establece el punto 2 del art. 34 al que se remite el punto 2 del art. 9 parcialmente transcrito.

El régimen de estos contratos se remite a la legislación patrimonial, regulada en la ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, la legislación referida no contempla específicamente disposición alguna relativa al arbitraje, con lo cual pudiera aún mantenerse abierta la incertidumbre sobre si en el caso de que se contemplará la vía arbitral como mecanismo contractual para la solución de conflictos nacidos del cumplimiento de los contratos patrimoniales, resultaría necesaria la observancia de los requisitos específicos y agravados que para la utilización del arbitraje en el ámbito de los derechos de la Hacienda Pública se contemplan en la Ley General presupuestaria y que recordamos aquí exigen Decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.



Otros negocios excluidos, no sometidos a la jurisdicción que establece el art. 27, son los convenios y contratos en materia de *seguridad y defensa* (art. 5).

En aquellos supuestos en los que la celebración de los contratos se halla determinada por la aplicación de Tratados o Convenios internacionales, desde luego si involucran a Estados, de prevenirse fórmulas de solución de controversias, ante el dilema de vías judiciales o arbitrales, resulta inequívoca la preferibilidad de Tribunales arbitrales internacionales (conclusión extensiva, por homología, respecto de los negocios excluidos en el ámbito internacional contemplados en el art. 7).

En esta clase de contratos, que pueden implicar “*investigación y desarrollo de nuevos productos*” (art. 5.2º b; y, sin vinculación específica a la seguridad y a la defensa, pero versando asimismo sobre investigación, innovación y desarrollo, art. 8)) ; o “*equipos militares sensibles*” (art. 5.2º c), cabe anticipar, en todo caso, la dificultad de enjuiciamiento de eventuales controversias, —sea ante la jurisdicción, sea ante Tribunales arbitrales—, por la segura restricción de acceso a la información necesaria para el conocimiento preciso de los hechos, por lo que no resulta posible vaticinar la mayor conveniencia del recurso a fórmulas arbitrales para la decisión de controversias; que sí resultarían plausibles en aquellos contratos o convenios en materia de seguridad y defensa celebrados conforme a “*normas de contratación establecidas por organizaciones internacionales o por instituciones financieras internacionales*” por las cuáles se financie íntegramente o en su mayoría el coste de los contratos que se adjudiquen (art. 5.4º.c).

Característicamente, además de los negocios en el ámbito patrimonial (art. 9) ya destacados, determinados negocios en el ámbito de los servicios financieros, relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores, o de otros instrumentos financieros contemplados en el art. 10, podrían constituir objeto de cláusulas de arbitraje.

Análogamente, se consideran arbitrables los “*Convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado*”, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en la presente ley o en normas administrativas especiales, según establece el art. 6.2º.

Contrariamente, no se consideran arbitrables los “*Convenios interadministrativos*” que se contemplan en el art. 6.1º (sin perjuicio de la eventual solución de las controversias jurídicas relevantes a través de la *Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas*, en los términos de la Disposición Adicional Única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo); las “*encomiendas de gestión*” (art. 6.2º); o las “*relaciones de servicio de funcionarios públicos y contratos laborales*” a los que se refiere el art. 11.1º

3. Efectividad de la Ley de arbitraje

La promulgación de la Ley de Arbitraje bien pudiera constituir por sí misma anclaje seguro para el sometimiento a, y aplicación de, sus disposiciones en todos aquellos supuestos en los que, versando la materia sobre la contratación de entidades públicas, no existieran restricciones explícitas que pudieran constituir obstáculo a su plena efectividad.



En estas circunstancias, la sola aparente colisión entre el régimen del arbitraje que contempla la Ley General Presupuestaria y el que resulta de la Ley de Arbitraje quedaría resuelta bajo la admisión de que el régimen de la primera aplicaría en aquellos supuestos en los que, en principio, no resultará posible la aplicación directa del régimen establecido en la ley de arbitraje.

De la propia regulación de la Ley de Arbitraje —en particular punto 2 de su art. 2— cabe inferir argumentos favorables incluso a la extensión del arbitraje allende el ámbito de las relaciones jurídico-privadas; ya que dicha norma, referida al *arbitraje internacional*, en el que una de las partes lo fuere un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, al establecer que en tal caso “*esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral*”, permite razonar que la exclusión de las prerrogativas debe aplicar, idénticamente, en el supuesto de que ese Estado u organización pública a la que la ley se refiere como si se tratara de un tercero resultare ser el propio Estado español.

De otra parte, ni resulta razonable interpretar que el alcance subjetivo de la norma haya de restringirse a terceros Estados, y no al propio; ni cabe advertir la existencia de razón que justifique la aplicación circunscrita de la norma a los arbitrajes internacionales, excluyendo a los arbitrajes domésticos.

Y ello aun cuando resulte posible redargüir que el tratamiento del arbitraje en la legislación de contratos del sector público ofrece base argumental para mantener conclusión diametralmente contraria, favorable a la limitación de la exclusión de la prerrogativa y de jurisdicción al arbitraje internacional, originándose como efecto lo que pudiera denominarse “*inmunidad de arbitraje*” aplicable al Estado.

La Exposición de Motivos de la ley de Arbitraje abunda en la idea que refleja la norma comentada al enfatizar que la exclusión del prevalimiento de los Estados al amparo de sus prerrogativas tiene por finalidad que “*el Estado sea tratado exactamente igual que un particular*” (ap. II).

Resultaría irrazonable, ante la vista de previsiones normativas como las comentadas que el tratamiento del Estado español frente al arbitraje fuera distinto y diverso que el que pretendidamente hubiera de aplicar en nuestro territorio respecto de terceros Estados.

La asunción de la eliminación de la prerrogativa no puede hallar excepción en el supuesto de que se trate de la prerrogativa propia.

Que entre tales privilegios se encuentre el sometimiento a una jurisdicción supuestamente especializada en la que el Estado y las Administraciones Públicas reciben un tratamiento privilegiado y de favor; y en la que la interpretación y aplicación de las normas perjudica reiterada y sistemáticamente a los particulares, obligaría a meditar sobre la pertinencia de que de una vez por todas se excluya semejante privilegio (“*odiosa sunt ad restringenda*”) y se someta a las Administraciones Públicas, inexceptuadamente, a la jurisdicción ordinaria; y, asimismo, por qué no, al arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias entre iguales.



En línea y seguimiento de lo que precede nos resulta evidente, ante las dudas suscitadas sobre la efectividad de la Ley de arbitraje, que el verdadero fundamento para la afirmación de la preservación de la aplicación del arbitraje, si no ya generalizadamente respecto de toda actuación de las Administraciones Públicas, sí al menos en el ámbito restringido de la contratación privada que pudieran realizar los entes públicos, descansa (junto a la vigencia general de la Ley de Arbitraje) en el principio de igualdad de trato inherente al sometimiento a una ley común (a la necesidad de una ley común, exenta de privilegios); unido a la libre configuración de la voluntad de partes iguales para la determinación del modo de dar solución a las controversias que hubieran podido suscitarse entre las mismas y sobre la base del reconocimiento en el ordenamiento jurídico propio, a partir de la regulación internacional, de la bondad del arbitraje como instrumento susceptible de remediar conflictos que se produzcan entre particulares y entidades públicas.

IV. LA LIBERTAD DE PACTOS ENTRE PARTES IGUALES E IGUALDAD DE LA LEY COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA ADMISIBILIDAD DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

EN defecto de disposición que expresamente contemple la solución de controversias mediante el sometimiento de las partes a arbitraje, en materia de contratación pública, el reconocimiento explícito en las sucesivas regulaciones de la materia del principio de libertad de pactos permite alcanzar, como mínimo, la conclusión de que semejante principio puede constituir legítimamente el anclaje efectivo y decisivo para la inclusión de cláusulas de arbitraje en aquellos contratos celebrados por entidades públicas cuya naturaleza privada no plantee dificultades “ontológicas” por eventual obstaculización de la consecución de fines de *interés general* que se entienda no susceptibles de ser sometidos al escrutinio de particulares.

Con todo, el alcance limitado que resulta de la manifestación precedente no excluye que, con amplitud mayor, pudiera invocarse de la misma manera el principio de libertad de pactos para justificar la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos de naturaleza típicamente pública, en la medida en que las decisiones arbitrales tienen por finalidad determinar la efectiva observancia y aplicación de las leyes en el cumplimiento de tales contratos públicos.

Pues, en definitiva, lo que en ningún caso puede admitirse es la no sujeción a norma de Derecho de la actuación de cualesquiera entidades, públicas o privadas; constituyendo ello exigencia del Estado de Derecho y no existiendo prevención alguna justificada por razón de la cual el juicio emitido por un Tribunal integrante del Poder Judicial pueda resultar de mejor condición que el juicio que emitiera un Tribunal arbitral.

El reconocimiento de esta equivalencia funcional respecto de las relaciones que afectan a los ciudadanos, iguales éstos a las autoridades y entidades públicas, determina que lo que resulte apropiado para dirimir las controversias que afecten a los primeros pueda serlo igualmente respecto de las controversias que mantengan unos y otros entre sí.



De igual manera, no resulta admisible que el remedio que acepta y considera válido el Estado en sus relaciones en el territorio de terceros Estados, con empresas privadas, no haya de resultar igualmente elegible en las relaciones intra-estatales.

El principio de libertad de pactos lo proclamó el art. 10 del Decreto 923/1965, Texto Articulado de Ley de Contratos del Estado, al establecer que

“la Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público o al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”;

añadiendo a continuación que los pactos y condiciones aludidos deberían reseñarse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Idénticamente, el art. 25 del Real Decreto ley 3 / 2011; o el art. 34 de la ley 9 /2017, en los que, reiterándose contenido positivizado inveteradamente se establece que

“en los contratos públicos podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”.

La dicción legal no es diversa en el art. 111 Ley 33 / 2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, donde se reitera que

“los contratos convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”.

Entendido que el arbitraje nace de un pacto; que la cláusula arbitral constituye contenido ordinario de un contrato y que no resulta contraria al ordenamiento jurídico, al haber sido recepcionada expresamente por el legislador, no concurre razón alguna que obste a la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos que celebren las Administraciones Públicas, tanto públicos como privados, con fundamento en el principio de libertad de pactos que incorpora la legislación de contratación pública.

V. OBSTÁCULO AL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR RAZÓN DE LA EXIGENCIA DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

CONOCIDA es la crisis que afecta a los procedimientos arbitrales en los que es, haya sido o pudiera ser parte interviniente un Estado miembro de la Unión Europea, en vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –casos *Achmea*; *Komstroy*; *Pl Holdings*), por razón de la pretendida imposibilidad de garantizar y asegurar la observancia y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea en el pronunciamiento de resoluciones arbitrales.



El fundamento de las decisiones judiciales descansa en la circunstancia de que no cabe que los árbitros planteen cuestiones de prejudicialidad sobre la interpretación y aplicación del Derecho europeo, por lo que, siendo competente para la declaración del Derecho europeo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no resultando posible su llamamiento y participación, restaría incierta la efectividad aplicativa del derecho de la Unión Europea.

Cabe añadir que la irrevisabilidad de los laudos arbitrales por razón del Derecho aplicado sustrae las controversias resueltas a través de dicho mecanismo de solución de conflictos al escrutinio sobre la efectividad de Derecho europeo, resultando inherente a la institución arbitral el hecho de que la declaración última del Derecho incumbe exclusivamente a los árbitros, en el ejercicio de su competencia propia.

1. La necesidad de asegurar la aplicación del Derecho europeo fundamenta la exclusión del arbitraje en las relaciones jurídicas concertadas por los poderes públicos

Sin necesidad de llevar al extremo la doctrina implícita en las sentencias mencionadas, y sin necesidad tampoco de invocar como presupuesto que la obligación de observar el Derecho europeo se extiende no solamente a los Estados, sino a los ciudadanos de la Unión Europea, resultaría posible argumentar, en contra del sometimiento del Estado a arbitraje, en las relaciones contractuales domésticas (admitiendo, asimismo, que la persona jurídica de la Administración Pública – al menos la estatal – no resulta sustancialmente diferenciable del Estado) que idéntica imposibilidad de asegurar y garantizar la aplicación del Derecho de la Unión europea concurriría en el supuesto del sometimiento a arbitraje de las controversias suscitadas con los contratistas en el curso de las relaciones de contratación pública; pues, por su naturaleza, la aplicación del Derecho realizada por los árbitros no es susceptible de revisión mediante la acción de anulación, además del efecto inherente de no hallarse apoderados para el planteamiento de cuestiones de prejudicialidad; procedimiento, por otra parte, antitético del principio esencial según el cuál el árbitro resuelve por su propia competencia.

Más aún, en el supuesto de que llegare a pronunciarse un laudo arbitral en materia de contratación pública, podría obstaculizarse su ejecución, por razones de orden público, bajo la consideración de la necesidad de que prevalezca y aplique el Derecho europeo.

Esta misma reflexión nos conduce, naturalmente, a formular, equivalentemente, cuestión sobre la existencia de razones que justifiquen la renuncia del Estado a la aplicación en sus conflictos con los contratistas de las leyes de contratación pública.

Que no haya sido alcanzada conclusión afirmativa de la existencia de semejantes razones, ofrece esclarecimiento sobre la motivación objetiva – aun no explícita – de la exclusión legal del arbitraje en aquellas relaciones jurídicas en las que intervenga una Administración Pública.



Tal habría sido la situación anteriormente a la vigencia de la Ley 9/2017, explicándose la restricción del uso del arbitraje a la contratación privada realizada por entidades públicas que no fueren Administraciones Públicas, sujeta ésta al principio de legalidad, declarada la ley aplicable por los Tribunales.

2. La necesidad de asegurar la aplicación del Derecho europeo puede fundamentar la exclusión del arbitraje en materia de contratación del sector público

La reflexión previa y posterior a los casos resueltos por los Tribunales de la UE, acerca de la imprescindibilidad de la aplicación cierta del Derecho europeo, puede conducir a la conclusión de que, incluso en aquellas relaciones jurídico- contractuales en los que las partes, aun perteneciendo al sector público, no fueren Administraciones Públicas, la persistencia de la necesidad de aplicar el Derecho europeo excluiría el arbitraje.

3. La efectividad del Derecho europeo podría llegar a invocarse como fundamento excluyente de la aplicación del arbitraje en aquellas controversias que deban dirimirse mediante la aplicación del Derecho europeo

El problema es que semejante razonamiento no agota su recorrido, pues igualmente cabría entender inaplicable el arbitraje entre particulares, al menos en aquellas relaciones jurídicas en las que la solución del conflicto exija la aplicación de normas europeas.

Cierto que tampoco existiría garantía plena en el caso de que el conocimiento de los asuntos correspondiera a los Tribunales de Justicia, en lugar de a los árbitros, al no resultar obligatorio el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, careciendo de legitimación los particulares a tales efectos.

4. Las decisiones arbitrales no serían compatibles con la necesidad de alcanzar la efectividad del Derecho del Estado, exceptuado que se instaure un sistema de revisión del laudo por razones sustantivas

En último término, la cuestión finalmente suscitable obliga a interrogarnos sobre la existencia de razones que permitan justificar la eventual inaplicación del Derecho del Estado como consecuencia de la adopción de resoluciones arbitrales; resultando patente, en respuesta a la pregunta, que el ámbito legítimo de aplicación del arbitraje se limita a la aplicación de normas dispositivas.



VI. CONCLUSIONES

EFFECTUADO el desarrollo de las argumentaciones precedentes, procede establecer las conclusiones sobre la cuestión `propuesta relativa a la posibilidad, contenido y extensión del arbitraje en materia de contratación pública, en vista de la supresión de la referencia al arbitraje como mecanismo de solución de controversias sobre efectos y extinción de contratos privados celebrados por entes del sector público que no sean Administraciones Públicas a través de la Ley 9/2017.

1. Antecedentes históricos y legislativos y sistema político

De los antecedentes históricos y legislativos, en conjunción con las características del sistema de organización política del Poder público, resulta la transición desde un sistema de “inmunidad de jurisdicción” hasta un sistema de “sumisión jurisdiccional endógena”, limitada, en la que el prevalecimiento, aun anómico, del interés público se antepone a la aplicación de las Leyes.

En un sistema donde rige la “*aversión sistémica al control*” – incluso a través de un orden jurisdiccional que no deja de ser emanación más intensa del Ejecutivo de lo que puedan llegar a serlo las manifestaciones menos administrativamente contaminadas del orden jurisdiccional– el arbitraje ha discurrido, paralelamente, limitado a las relaciones jurídico–privadas, entre partes iguales; sólo excepcionalmente aplicable al Poder público en el caso de relaciones puramente patrimoniales o sometidas al derecho internacional, sujeto , sucesivamente, a los requisitos de autorización por Ley o por Decreto; con la salvedad de las previsiones que contemplen los Tratados internacionales.

2. Influencia del contexto internacional como factor determinante de la transformación de la posición del arbitraje en el ordenamiento jurídico

La internacionalización creciente de los conflictos inherente al crecimiento y desarrollo del comercio internacional y de las inversiones transnacionales originó la necesidad de coadyuvar a la consecución de soluciones a los conflictos determinados por el tráfico internacional mediante la uniformización y expansión de los mecanismos arbitrales, modernizándose la legislación nacional (LA 1988; 2003/2011); mitigándose los requisitos para la sumisión general a arbitraje (LGP 2003;LPAP 2003), hasta la penetración del arbitraje en el ámbito de la contratación pública (LCSP 2007/2010).



3. *El retorno a la jurisdicción y la inmunidad arbitral de la Administración*

La evidencia de las ventajas que la retención de las prerrogativas públicas y la sujeción a jurisdicción cuasi-administrativa concede, prevaleciendo en régimen de absoluta desigualdad frente a la contraparte ante la misma, so pretexto de la pretendida salvaguarda del *interés público*, convirtiendo el estado de excepción ("*salus publica suprema lex esto*") en normalidad, unido a la experiencia negativa de los poderes públicos bajo circunstancias de igualdad de trato de las partes ante los Tribunales arbitrales (sin dejar de reconocer que resuelvan, en el ámbito internacional, "*pro stato*"), ha conducido a la supresión del uso directo, no sujeto a los requisitos extraordinarios de la LGP, del arbitraje en materia de contratación del sector público, vía la Ley 9/2017.

La aplicación expresa y limitada a la contratación con empresas extranjeras en el extranjero del arbitraje, como "*última ratio*", confirma la jurisdiccionalización, en principio, de la materia contractual que, entre 2010 y 2017, pudo someterse a arbitraje.

La aplicación del arbitraje a la contratación de entidades contratantes— no Administraciones Públicas— en sectores específicos de agua, electricidad, transporte, seguros y otros, no solamente refuerza, por el hecho de la expresa retención de la posibilidad de sometimiento a arbitraje "*a contrario*" de la omisión/supresión que resulta de la LCSP, sino que pone de manifiesto el debilitamiento de la institución, por la entrada competencial que se reconoce a los Tribunales de Resolución de Reclamaciones contractuales.

4. *Aplicación del arbitraje a los negocios excluidos de sujeción a la Ley 9/2017*

La preferencia de la Administración por la jurisdicción y la consecuente "inmunidad de arbitraje", no impide afirmar la aplicabilidad del arbitraje a los negocios excluidos de la aplicación de la LCSP, en los términos examinado, fundamentalmente *relaciones de contenido patrimonial y servicios financieros*, sin perjuicio de la aplicación del arbitraje que venga exigida por la aplicación de *Tratados y Convenios internacionales*.

5. *El principio de libertad de pactos como fundamento de la aplicación del arbitraje*

El fundamento conceptual y normativo que justificaría, como hipótesis, la aplicación directa de la LA 2003/2011 a los negocios excluidos de la LCSP, no sería otro que el principio de libertad de pactos que reconocen tanto la LCSP 2017 como la LPAP 2003.



Incluso, en defecto de ley prohibitiva y mediante su aplicación directa, pudiera argumentarse que este mismo principio de libertad contractual habría de permitir la extensión de la aplicación del arbitraje, no obstante, las conclusiones contrarias resultantes de los argumentos precedentes.

Con todo, tanto la aplicación “no restringida” del arbitraje como la restringida, queda condicionada por la solución del problema que surge de la existencia de norma específica en la que se sujeta la aplicación del arbitraje a Decreto del Consejo de Ministros (LGP), y al resultado de la interpretación, conforme a los antecedentes legislativos, en congruencia con el sistema político-normativo, del desarrollo paralelo y entrecruzado de la regulación de la contratación pública y del arbitraje, en el ámbito de las relaciones jurídico –privadas, entre particulares y entre particulares y entes públicos.

A partir de tales supuestos, la aplicación directa de la LA 2003/2011 únicamente procedería en el supuesto limitado de negocios excluidos que no afecten a los derechos de contenido económico de la Hacienda Pública, en el sentido amplio que de ésta contiene la LGP., quedando la L.A. como una ley de arbitrajes entre particulares, sin perjuicio de su aplicación a los arbitrajes internacionales.

6. La imperatividad del Derecho europeo como obstáculo a la aplicación del arbitraje

El alcance ciertamente limitado de la aplicación del arbitraje en el sector público, y no sólo en el ámbito de la contratación pública se encuentra afectado por la limitación inherente al principio de legalidad, en particular, de la aplicación efectiva del Derecho de la Unión Europea

La inexistencia de control efectivo de la aplicación de la legalidad comunitaria por los Tribunales arbitrales, al no admitirse la revisión de fondo de las decisiones arbitrales por el Poder judicial, a quien el Derecho europeo obliga; y que, en último término, determina la posibilidad de la intervención del Poder judicial europeo, vía el planteamiento de cuestiones de prejudicialidad, que no pueden suscitar los Tribunales arbitrales, condiciona la efectividad de los laudos arbitrales (cuando no los impide), en cuanto que frente a su ejecución siempre podría oponerse, como cuestión de orden público, la inaplicación o la vulneración del Derecho europeo, cuando éste resultare aplicable al fondo del asunto.

Por extensión, la eficacia imperativa del Derecho europeo no dispositivo puede obstar a la validez y eficacia del arbitraje, no sólo en el ámbito de la contratación pública, sino en cualesquiera ámbitos en los que la aplicación del Derecho europeo resulte preceptiva.



La consolidación del arbitraje en determinados contratos del sector público

I. INTRODUCCIÓN

TODOS conocemos el momento de dificultad que atraviesa la justicia contencioso-administrativa, por un lado, por lo saturada que la misma se encuentra y por otro por la lentitud con la que se desarrolla.

En este contexto, también manifiesto en la jurisdicción civil, adquieren especial importancia los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca el arbitraje.

Partiendo de lo anterior, se considera que nos encontramos ante un escenario idóneo para que el arbitraje, tan valioso para la resolución de gran parte de los conflictos privados, se presente en la esfera de las relaciones jurídico-públicas como una clara alternativa al orden jurisdiccional contencioso-administrativo; pero ¿Es factible someter a arbitraje los conflictos que surjan en el ámbito de las relaciones jurídico-públicas? ¿Permite el “ordenamiento jurídico-público”, que tales conflictos se resuelvan a través de arbitraje?

La respuesta a estas preguntas, esto es, la posibilidad (o imposibilidad) de que nuestro “ordenamiento jurídico-público”, admita que la Administración Pública –no solo *stricto sensu*– pueda suscribir cláusulas arbitrales que permitan que el arbitraje se implante como medio alternativo al proceso contencioso-administrativo, para solucionar los conflictos que puedan surgir en sus relaciones con personas físicas o jurídicas, o con otras Administraciones, es de lo que va a tratar este artículo.

El arbitraje, como es sabido, es considerado como un *sistema heterocompositivo* alternativo al proceso judicial por el que las personas físicas o jurídicas, pueden someter una controversia (previo convenio expreso), a personas, órganos o entidades diferentes de las que integran el Poder Judicial, cuya decisión (el laudo) está legalmente dotada de fuerza de cosa juzgada.

El sometimiento de un conflicto a arbitraje, supone, como es conocido, excluir tal asunto del conocimiento de los jueces y tribunales, que sólo extraordinariamente y por motivos tasados podrán decidir sobre la validez del laudo mediante la acción de nulidad.



Con esta sucinta introducción, en la que se ha puesto de manifiesto que el arbitraje ha sido considerado como un *sistema heterocompositivo* alternativo al proceso judicial, se tratará de analizar, i) si el mismo es un buen sustituto de la jurisdicción contencioso-administrativa, ii) si es un valioso instrumento para la resolución de las controversias que surjan en el ámbito del Derecho público y iii) de manera indirecta, si es una vía con plena seguridad jurídica para descongestionar la jurisdicción contencioso-administrativa, dinamizando, dada su rapidez, el sector económico.

II. CRISIS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

LA justificación material del planteamiento que en este trabajo vamos a llevar a cabo, radica en la crisis de eficacia de la justicia contencioso-administrativa. Afirmación que en modo alguno es revolucionaria ni para los profesionales del derecho, ni para los particulares, pues ambos, en mayor o menor medida, lo sufrimos en nuestro patrimonio.

Hace unos años el profesor Martín Mateo (1989 66), constató con un examen casuístico de sentencias, principalmente del Tribunal Supremo, esa falta de eficacia de la justicia contencioso-administrativa. En la misma línea, se han pronunciado los más destacados autores, como García de Enterría (1989 42), poniendo de manifiesto una palmaria acreditación de la crisis, así como una no menos clara explicación de sus causas y de sus potenciales vías de solución.

Que la justicia se encuentra en una difícil situación, no es solo una afirmación válida para el orden contencioso-administrativo, lo es también para el resto de los órdenes jurisdiccionales y para los órdenes jurisdiccionales de la práctica totalidad de los países europeos, incluido el francés; hasta hace poco paradigma destrozado por García de Enterría (1988 35).

Ahora bien, a esa extendida ineficacia del control judicial en materia administrativa hay que adicionar las limitaciones que el juez encuentra en su función jurisdiccional. Ya en los inicios del Estado democrático, Bassols Coma (1977 382) se interrogaba sobre la crisis de la justicia administrativa en términos de ¿crisis o insuficiencia? Hoy en día, la doctrina ya ha constatado la concurrencia de ambos aspectos.

La denunciada situación tiene un compañero de viaje de no menor importancia; la crisis de la Administración Pública, que también lo es de eficacia y que en la actualidad afecta a la legitimación de las Administraciones Públicas (Parejo Alfonso 1989 218 y 219).

Sin duda, todo ello se inscribe en la actual crisis del Estado social, con la generalización en la ciudadanía de sentimientos de insatisfacción e inseguridad sobre el actual modelo de desarrollo socioeconómico y, por ende, en las instituciones que lo dirigen; de ahí que nos hallemos (Parejo Alfonso 1991 11 y 12), ante una auténtica crisis de confianza en el Estado Social y de Derecho.



Siguiendo a Tornos Mas (1990 126), puede afirmarse que la primera crisis, la de la Administración de Justicia, afecta al justiciable, afectando la segunda, la de la Administración, al particular. No obstante, ambas están estrechamente vinculadas, por cuanto i) la rigidez de los procedimientos y de las estructuras administrativas, ii) la inactividad administrativa y iii) la todavía escasa articulación de parámetros participativos, factores que aumentan la conflictividad social de las decisiones públicas, de ahí que las medidas destinadas a disminuir dichas imputaciones producen un efecto positivo sobre la eficacia de la justicia administrativa.

Ambas crisis han conducido o son el fruto de la situación que actualmente presenta el Estado Social y de Derecho. En efecto, por un lado, entendemos que la mora judicial es la más profunda quiebra del sistema, al propiciar irreflexiblemente un fortalecimiento de las prerrogativas del Ejecutivo, en detrimento de las garantías de los particulares, “lo que conduce a una crisis total del Estado de Derecho, al crearse un clima de incredulidad de los ciudadanos en relación con las instituciones” (Dromi 1972 39), y por otro lado, ese aumento de las prerrogativas del Ejecutivo, no se ve acompañado por un aumento de su eficacia, que ni siquiera se mantiene en sus anteriores niveles.

III. PATOLOGÍA DEL SISTEMA

LA inadecuación del sistema de la justicia contencioso-administrativa a las expectativas legítimas de los ciudadanos, no se debe a una crisis de crecimiento, sino que obedece a una variada causalidad, ya sea de naturaleza fáctica, ya sea de naturaleza jurídica, solucionable, en mi opinión, bien mediante correcciones del propio sistema, o bien mediante soluciones alternativas como es el arbitraje.

El cuadro patológico que enmarca las dolencias de la justicia contencioso-administrativa está integrado, principalmente, por la indebida y costosa prolongación del proceso.

Ésta es la primera de las enfermedades del proceso; la trascendencia jurídica del factor tiempo, que es especialmente preocupante en el proceso contencioso-administrativo.

En efecto, si el proceso en la historia de las instituciones surgió con la finalidad de dirimir conflictos para restaurar la paz social, de no realizarlo en un plazo razonable, esta finalidad también queda demorada hasta el punto de no alcanzarse; si la paz social llega tarde, no llega íntegra.

Pues bien, si ya con anterioridad a la democratización del sistema político en España, el tiempo de respuesta del Poder Judicial era inapropiado (Martin Rebollo 1978 535), después del tránsito a la democracia esa lentitud, como expresaron González Pérez (1992 60 y 61) y Tornos Mas (1995 136), se incrementó por diversas razones.

Por el lado de la oferta, en la génesis de este factor de patología se halla la insuficiencia de efectivos que ha llegado a ser alarmante (González Pérez, 1992 74), así como la



configuración formal del proceso contencioso-administrativo que, ya hace años, se venía advirtiendo que no se acomoda a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (Parejo Alfonso, 1983 274).

Pero, sin duda, es del lado de la demanda donde se han producido los cambios más significativos en el orden del desbordamiento de los tribunales. La Constitución trajo una cualitativa e importante transformación en la garantía de derechos, dibujando, asimismo, una Administración absolutamente controlable, diseño que a los ciudadanos les hizo cambiar la ecuación “Administración igual a centro inaccesible de poder”; contribuyendo a agudizar el bloqueo jurisdiccional la ampliación que se produjo en la esfera de los intereses legítimos protegidos, incluyendo los colectivos, lo que ha ocasionado, adicionalmente, un trastocamiento en la argumentación jurídica clásica de respuesta judicial. En este escenario, hay que ubicar la modernización de la sociedad que incrementa necesariamente las relaciones y, por tanto, “las posibilidades de fricción entre la Administración y los ciudadanos”.

No obstante, estas dolencias no se presentan tan solo en el sistema español, así, por ejemplo, en el sistema de justicia alemán, la demanda ha aumentado significativamente (Sommerman 1993 115), de tal forma que se hace necesario todo esfuerzo para racionalizar los procesos judiciales. En Italia, las perspectivas de mejora del sistema de la justicia administrativa, también pasan por subsanar “*la intolerable lentitud del proceso*”. De igual modo, hay reproches a la falta de eficacia de la justicia del modelo estadounidense, al que se le imputa una excesiva complejidad formal, incurriendo el proceso en una prolongación y costes indebidos.

Esta particular causa de la crisis de la justicia administrativa, ha resultado ser de indudable peso a la hora de plantearse métodos alternativos de resolución de conflictos.

Son las razones/motivos hasta ahora abordados, los que han hecho plantearnos, la utilización del arbitraje en el ámbito del Derecho público, como una de las posibles soluciones a los evidentes y enunciados problemas que atraviesa la justicia contencioso-administrativa.

IV. PUNTO DE PARTIDA DEL ESTUDIO DEL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

AUN cuando entendemos, como a continuación se argumentará, que el arbitraje en el ámbito del Derecho público, en modo alguno se sostiene partiendo del art. 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), hoy en día en el art. 112.2º Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se considera conveniente invocarlo como punto de partida de lo que en este epígrafe vamos a tratar.



Por qué se considera que no son los citados artículos (el 107.2º LRJPAC y el 112.2º LPAC) los que se refieren o tratan de manera rigorista el arbitraje en el ámbito del Derecho público, se debe a que lo que estos preceptos permiten es que las Administraciones Públicas cumplan la función de árbitros dirimiendo con fuerza de cosa juzgada las controversias surgidas entre otros sujetos.

Nada tiene que ver esta “*función*” que pueden desempeñar las Administraciones, con el hecho de que una de ellas celebre un convenio arbitral con otro sujeto para, que un tercero, resuelva el conflicto que media entre ellos.

El *arbitraje administrativo* al que se refiere el art. 112.2 LPAC (antes el 107.2 LRJPAC) ni excluye ni sustituye la acción de los tribunales de justicia. El resultado de ese arbitraje no deja de ser un acto administrativo recurrible en vía contencioso-administrativa, no pudiendo, por tanto, considerarse –*stricto sensu*– como medio de resolución de conflictos al margen de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Destáquese que el art. 112.2º LPAC previene lo siguiente:

“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instituciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la ley”.

- a) Las razones por las que entendemos que el citado artículo, no trata, o se refiere de modo rigorista al arbitraje –como alternativa a la justicia ordinaria– en el ámbito del Derecho público, son las siguientes (Bustillo Bolado 1994 372)
- b) El *arbitraje* al que se refiere el citado artículo ni excluye ni sustituye la acción de los tribunales de justicia. El resultado de ese arbitraje administrativo no deja de ser un acto administrativo (dictado por la propia Administración) recurrible en vía contencioso-administrativa, por tanto, en modo alguno susceptible de considerarse como medio alternativo a la resolución de conflictos a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- c) El arbitraje administrativo al que se refiere el art. 112.2º LPAC (antes el 107.2º LRJPAC) en modo alguno es un “*medio alternativo al proceso contencioso-administrativo*”, sino que es previo a este. La labor por tanto del árbitro –en este caso la Administración– no excluye a la del juez, sino que la precede, puesto que, si alguna de las partes no estuviere de acuerdo con el contenido de la resolución, podría impugnarla tanto por motivos de fondo como de forma.
- d) En relación directa con lo anterior, *no es voluntario*, sino impuesto por la Ley. La fuente originaria que en este caso origina el arbitraje no es el convenio arbitral, sino la propia ley (el art. 112.2º “*Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en*



supuestos...). Acudir a este “*arbitraje*” en los supuestos legalmente previstos es una carga y un paso previo al proceso contencioso-administrativo.

- e) Las partes *no se comprometen previamente a cumplir el laudo*; cierto es que, si no lo impugnan en el plazo establecido, la ley impone su cumplimiento.
- f) Su función es la de sustituir a los recursos administrativos, no al proceso contencioso-administrativo en sí.
- g) Si el legislador hubiera querido introducir un cauce verdaderamente arbitral y alternativo a la jurisdicción contencioso-administrativa, se considera, que la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no es el lugar idóneo.
- h) Solamente la intervención de un tercero ajeno a las partes podría darnos a entender que estamos en presencia de un verdadero arbitraje, pero ni siquiera eso, ya que el art. 112.2º LPAC, antes 107.2º LRJPAC, (“...*ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instituciones jerárquicas...*”) no exige que el árbitro sea un tercero, sino que se conforma con que los órganos que lo administren sean colegiados, estén especializados y no sometidos a instituciones jerárquicas.

V. REFERENCIA HISTÓRICA AL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO. EN CONCRETO HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

LO que en este epígrafe se va a tratar, es la evolución histórica que dentro del ámbito del Derecho público y hasta la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha tenido el arbitraje como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En concreto, se analizará cómo ha evolucionado desde una absoluta restricción del arbitraje, pasando por una paulatina apertura de este sistema de resolución de conflictos, a una total admisibilidad, para la resolución de determinados conflictos, del arbitraje en el ámbito del Derecho público.

1. La primera referencia que se ha encontrado respecto del arbitraje en el ámbito del Derecho público, es en el Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852, que prohibía expresamente el uso del arbitraje cuando se trataba de un conflicto en el que una de las partes era la Administración, obligando a que fuera la jurisdicción contencioso-administrativa la que conociera de las discrepancias que surgieran de los contratos celebrados entre ésta y los particulares. Este cuerpo legal establecía:

“que ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a arbitraje...resolviéndose las incidencias que respecto de estos surjan ante la jurisdicción contencioso-administrativa”



La primera ruptura que se produjo a esta asentada cerrazón vino de la mano de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, que permitió que se resolviese, previa Ley que lo autorizase, a través del arbitraje, los conflictos que se suscitasen sobre los derechos de la Hacienda Pública. Así el art. 6º prevenía lo siguiente:

“Para someter a juicio de árbitros las contiendas que se susciten sobre los derechos de la Hacienda Pública, habrá de preceder una ley que los autorice”.

En la misma línea aperturista que la referenciada ley, se expresó el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975, que tras fijar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, para conocer y resolver las cuestiones litigiosas que surgieran de la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos administrativos, vino a tolerar/admitir, con ciertos obstáculos, el arbitraje al afirmar que “las transacciones y arbitrajes se sujetarán a los requisitos establecidos en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911”, que como se ha afirmado, exigía, la aprobación de una ley al efecto, para someter a arbitraje los conflictos que surgieran sobre los derechos de la Hacienda Pública.

En la misma línea, es decir permitiendo el arbitraje, pero con ciertos requisitos, el art. 39 de la anterior Ley General Presupuestaria (aprobada por Real Decreto Legislativo 1091/88) prevenía:

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública (conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autónomos, art. 2 de la Ley General Presupuestaria) ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno”

Y en sintonía con lo anterior, la nueva Ley General Presupuestaria, Ley 47/2003, supedita la sumisión a arbitraje de los conflictos que puedan surgir sobre los derechos de la Hacienda Pública Estatal, a que este sea aprobado mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. Así el art. 7.3º, establece:

“Sin perjuicio de lo establecido en el ap. 2 del art. 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno”

Al igual que lo hasta ahora expuesto, el art. 41 de la ya derogada Ley de Patrimonio del Estado (Decreto 1022/64, de 15 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado), y el art. 84 de su Reglamento, aprobado por Decreto 3588/64, de 5 de noviembre, disponían:

“Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales hará falta una Ley que los autorice...”

Y sin modificación alguna, el art. 31 de la nueva Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, previene:



“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”.

2. En la materia en la empezó a notarse un relevante cambio a favor del arbitraje como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa, fue en la contratación pública.

Fue durante la tramitación del anteproyecto que concluiría con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), donde tras la comparación de dos de sus preceptos, el Consejo de Estado, advirtió un trato desigual para los contratos suscritos con empresas nacionales, en relación con los contratos suscritos con empresas extranjeras.

Así, en lo que a las empresas foráneas se refiere, el art. 61.2 “*Recursos y arbitraje*” establecía que el sometimiento a arbitraje se sujetará a lo establecido en la Ley General Presupuestaria, que en su art. 39, requería que se aprobase mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado; siendo evidente que la sumisión a arbitraje para la resolución de los posibles conflictos que surgieren durante la vida de estos contratos, estaba supeditada al cumplimiento de requisitos nada sencillos.

Mientras que en los contratos suscritos con empresas extranjeras la preferencia por el arbitraje era evidente; basta para ello, echarle un vistazo al art. 117.3 LCAP, que afirma:

“en los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje”.

Este desigual trato hacia el arbitraje y a los beneficios que el mismo puede reportar, fue puesto de manifiesto en el Dictamen 214/92, de 24 de mayo, del Consejo de Estado. Dictamen con el que el citado Órgano Consultivo denunció la posición privilegiada con la que podían contratar ciertas empresas extranjeras, beneficiándose de las ventajas del arbitraje, imponiendo su condición de único suministrador y evitando la dilatada jurisdicción contenciosa.

Aparte de la citada conclusión, el Consejo de Estado, apoyándose en la distinta *permisibilidad legal* hacia el arbitraje, según se trate de contratos suscritos con empresas nacionales o con empresas –monopolísticas– extranjeras, consideró que la LCAP, perdió una excelente oportunidad de introducir, sin complejo alguno, el arbitraje en el campo de la Contratación Pública.

En la misma línea que la LCAP, mostrando que de ella proviene, se expresaron los arts. 60.2º y 117.3º Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP.



VI. EXAMEN DEL ART. 39 DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. LA PLENA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE

FUE con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en concreto en su art. 39, con la que se implantó –para la resolución de los conflictos en el mismo enumerados– el arbitraje como alternativa al orden jurisdiccional contencioso–administrativo.

Con el citado precepto se permitía que las entidades del sector público que no tuvieran el carácter de Administraciones Públicas pudieran someter a arbitraje, la solución de las disputas que surgieran durante la vida de los contratos por estas suscritos; así el citado artículo dice:

“Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan en carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”

Para dar una repercusión, respecto del alcance que este precepto da al arbitraje, es necesario examinar que entidades podían someter a arbitraje los conflictos que surjan durante la vida de sus contratos. Así, según el art. 3.2º LCSP, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas:

- Las entidades públicas empresariales estatales.
- Los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, que sin embargo sí tendrán la consideración de Administración a los efectos de lo dispuesto en la LPAC.

Aparte de las entidades públicas empresariales, tanto estatales como dependientes de la Administración Autonómica o Local, debemos mencionar, como entidades que conforman el sector público y que no tienen el carácter de Administración, i) a las sociedades mercantiles públicas y ii) a las fundaciones del sector público.

Entes que se rigen por regla general por el Derecho privado, sin perjuicio, de que por previsiones internas (Ley General Presupuestaria) o exigencias del Derecho comunitario (normativa de contratos, sobre todo) se les apliquen algunas normas de Derecho público, como las de carácter financiero, presupuestario o de carácter contractual.

Así y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 39 y 3.2º LCSP, las entidades del sector público que podían someter a arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, eran, entre otras:

A) Entidades Públicas Empresariales, por ejemplo:

- Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, ADIF.
- Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, AENA.
- RENFE – Operadora.



B) Fundaciones Públicas, o Fundaciones del Sector Público estatal, que se rigen por los arts. 44 a 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

Se consideran a efectos de la citada Ley, como Fundaciones del Sector Público estatal, aquellas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: i) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos, y demás entes del sector público estatal, o ii) que su patrimonio fundacional esté formado, con carácter permanente, en más de un 50% por bienes de derechos aportados o cedidos por las citadas entidades.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado identifica, a efectos presupuestarios las siguientes, entre otras, Fundaciones Públicas en el ámbito estatal:

- Fundación SEPI.
- Fundación Canaria Puertos de las Palmas.
- Fundación Ciudad de la Energía.
- Fundación de los Ferrocarriles Españoles.
- Fundación del Teatro Real, etc...

Quedaban excluidas de la regulación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, pero en nuestra opinión susceptibles de sumisión a arbitraje, las llamadas *Fundaciones Públicas Sanitarias*, previstas en el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre; que no pretenden ser otra que la adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales, cuyos preceptos rigen con carácter supletorio a las previsiones del mencionado art. 111.

C) Sociedades mercantiles públicas

Se trata de entes con personificación privada, es decir, de sociedades mercantiles, denominadas frecuentemente “*sociedades de ente público*”, para hacer gráficamente referencia a su *dueño*, un Ente Público.

El régimen jurídico de estas sociedades es íntegramente privado.

La titularidad de las acciones de estas empresas corresponde al Estado a través de la Dirección General del Patrimonio del Ministerio de Economía y Hacienda, y sobre todo, de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales –SEPI–, ente público creado por el RD Ley 5/1995, de 16 de junio.

VII. LA MARCHA ATRÁS QUE SUPUSO PARA EL ARBITRAJE LA APROBACIÓN DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ASÍ como en la anterior legislación de contratos del sector público, se admitía que entes, organismos y entidades del sector público que no tuvieran el carácter de Administraciones Públicas, pudieran someter a arbitraje la solución de las diferencias que puedan



surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebrasen, la nueva ley (la 9/2017) no hace mención alguna a la posibilidad de someter a arbitraje las diferencias que surjan, en fase de ejecución, en los contratos que ésta suscriban; legislación que, indudablemente, ha supuesto un paso atrás para la sumisión a arbitraje de los conflictos que surgieran en fase de ejecución de los contratos que suscribieran las citadas entidades público-empresariales, fundaciones públicas o sociedades mercantiles públicas.

VIII. EL EXPRESO RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE EN EL REAL DECRETO-LEY 3/2020, DE 4 DE FEBRERO, DE MEDIDAS URGENTES POR EL QUE SE INCORPORAN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DIVERSAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN DETERMINADOS SECTORES

ASÍ como en la Ley 9/2017 no se hace mención expresa a la posible sumisión a arbitraje de los conflictos que, durante la ejecución de los contratos, puedan surgir respecto de los firmados por entes, organismos y entidades del sector público que no tengan en carácter de Administraciones Públicas, en el Real Decreto-Ley 3/2020, sí que se permite que las entidades contratantes, que se dirán, puedan remitir a un arbitraje la resolución de las diferencias que surjan durante “*la vida*” de los contratos.

En concreto, el art. 123 del citado real decreto previene lo siguiente:

Art. 123. *Arbitraje*. 1. Las entidades contratantes podrán remitir a un arbitraje en derecho, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.

2. Los pliegos de condiciones determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista.

3. Cuando el pliego no señale la composición del órgano arbitral, y no exista acuerdo sobre la misma entre la entidad contratante y el contratista, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación a que se refiere el art. 119.

Expuesto lo anterior, debemos hacernos dos preguntas, ¿Cuáles son las entidades que pueden someter a arbitraje sus contratos? ¿Cuáles son las materias susceptibles de sumisión arbitral para este cuerpo legal?

En lo que a las entidades se refiere, estas son las entidades contratantes que realicen alguna de las actividades enumeradas en los arts. 8 a 14 de este cuerpo legal.

En concreto, las actividades reguladas por este texto legal son las siguientes: i) el agua, ii) gas y calefacción, iii) electricidad, iv) servicios de transporte, v) puertos y aeropuertos, vi) servicios postales y vii) la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos.



Manifestado lo anterior, se considera necesario determinar lo que se entiende a los efectos de este cuerpo legal, por entidad contratante, por poder adjudicador y por empresa pública.

Para ello, se debe acudir al art. 5 del Real Decreto ley de referencia que previene lo siguiente:

- a) Por entidad contratante, se considera a los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a las empresas públicas, así como otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el art. 6.
- b) Por poder adjudicador, se entiende a las entidades que tengan esta consideración de acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.
- c) Por empresa pública, se entiende a las sociedades mercantiles de carácter público, así como a toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.

Destáquese al respecto, que este real decreto previene que se considera que los poderes adjudicadores ejercen influencia dominante, directa o indirecta, sobre una empresa, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias.

- Que tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa
- Que dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa.
- Que puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o vigilancia de la empresa.

XI. CONCLUSIÓN

QUE el “ordenamiento jurídico-público” admite –en ciertas materias– el arbitraje como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa es una realidad evidente. Basta, como se ha acreditado, echarle un vistazo a parte de la historia legislativa española, para apreciar que lo que en principio fueron normas prohibitivas y luego restrictivas de este sistema (Real Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 1852, el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 y el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, que supeditaba el sometimiento a arbitraje al cumplimiento de los requisitos prevenidos en la Ley General Presupuestaria de 1998), se han convertido en textos legales que lo permiten con alguna restricción (Ley 47/2003, General Presupuestaria o la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas) y otras que lo aceptan plenamente como fue la LCSP de 2007 y el Real



Decreto-ley 3/2020, sin perjuicio de la supresión de la sumisión a arbitraje que previene la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Como se ha expuesto en este trabajo, la plena (y teórica) aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho público se pone de manifiesto en el Real Decreto-ley 3/2020, que permite que las entidades contratantes, los poderes adjudicadores y las empresas públicas que en el citado texto legal se indican, pueden someter a arbitraje las discrepancias que surjan en los contratos que suscriben en lo que se refiere a su cumplimiento, efectos y extinción.

Si a lo dicho le unimos que el art. 2.2º Ley 60/2003, de Arbitraje, hace referencia a que una de las partes del proceso sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por el Estado (o capital público), la admisión del arbitraje, en el ámbito del Derecho público— es evidente.

No obstante lo expuesto, siendo evidente que, desde la estricta teoría jurídica, el arbitraje se admite en ciertas relaciones contractuales *jurídico-públicas*, resulta imprescindible que la voluntad de la Administración no se quede en la teoría y apuesta, decididamente, por someter a arbitraje las disputas que puedan surgir durante el cumplimiento de aquellos contratos que, *ex lege*, sean susceptibles de este método de resolución de disputas.

Todo ello, sin perjuicio de que los agentes económicos que conforman el sector privado, previa voluntad de la Administración (no sólo *stricto sensu*) de apostar por el arbitraje, apoyen esta alternativa para lograr el cuádruple objetivo de i) introducir de manera expresa el arbitraje como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa, ii) de beneficiarse de las ventajas del mismo, iii) de acabar con la saturación de la citada jurisdicción y iv) consecuencia de lo anterior, fomentar un mercado económico más dinámico.

BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares sobre el arbitraje*, Cizur Menor, Thomson-Civitas. Madrid 2006.
- BASSOLS COMA, M., “Consideraciones sobre los controles extra judiciales de la Administración: en torno a la reforma del Estatuto del Mediateur francés”, *Revista Administración Pública*, nº, 82, Madrid 1977, p. 382.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y Contratos administrativos*, Cizur Menor, Aranzadi, 1994.
- DROMI, R., *El poder judicial*, Tucuman, Unsta, 1982.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Pamplona, Civitas. Madrid 1989.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., “La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma”, *Revista Española de Derecho administrativo*, 1988, p. 35.
- GONZALEZ PEREZ, J., *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Pamplona, Civitas, 1992.
- GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956.



- MARTÍN REBOLLO, L., “La justicia administrativa ante el texto constitucional”, *Revista Española de Derecho administrativo*, 1978, p. 535.
- MARTÍN MATEO, R., *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, INAP, 1989.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Revista de Derecho administrativo*, 1989, p. 16.
- PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el Derecho público*, Madrid, CEC, 1991.
- PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1983.
- SOMMERMAN, K.-P., *La justicia administrativa alemana*, Madrid, Civitas, 1993.
- TORNOS MAS, J., “La situación actual del proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 1990, p. 126.
- TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los recursos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, 1995, p. 150.



Arbitraje en la contratación pública y defensa de la competencia

I. INTRODUCCIÓN

LA Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) cumple 35 años. Es sin duda un motivo de celebración y agradezco al Profesor José Carlos Fernández Rozas y a Francisco Ruiz Risueño, la coordinación de este Libro y al Presidente de CIMA, Juan Serrada, por tan amable invitación. Me une a esta institución una especial relación, dado que a la edad de 28 años, me galardonaron en el certamen que convocaron por el XXV Aniversario por el artículo “Inmunidad del Estado y el Arbitraje Administrativo Internacional”; con lo que el agradecimiento es, si cabe, doble, al invitarme a participar diez años después en una obra que tiene por objeto despejar las dudas que siempre han rodeado al arbitraje y al sector público.

La estructura de este trabajo comienza con (II) la tradicional prohibición del arbitraje en el sector público, (III) las aperturas que tuvo en el extranjero, donde la posición del legislador era proclive a la suscripción de convenios arbitrales, y que sirvieron para su paulatina aceptación en el ámbito interno, (IV) cómo forman su voluntad el Estado y las Administraciones Públicas y (V) daremos un repaso a la doctrina del Consejo de Estado por su aportación a esta materia.

II. LA SITUACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA Y LA ARBITRABILIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Repaso histórico de la contratación pública en España

UN repaso histórico nos remonta al Real Decreto de Bravo Murillo de 1852 que prohibió el arbitraje en el ámbito del sector público. Tras esa prohibición inicial, la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, en su art. 6, dulcificó algo esa posición al permitir que mediante una ley singular se pudiesen someterse



a arbitraje asuntos relacionados con la Hacienda Pública y otras normas posteriores aligeraron todavía más los requisitos hasta llegar a una fórmula exitosa que hoy se incluye, entre otras, en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”

El legislador equipara, a los efectos de autorización, la transacción al arbitraje.

En el ámbito concreto de la contratación pública, el art. 5 Decreto 3637/1965, de 25 de noviembre estableció la posibilidad –en términos muy similares a los que establece nuestra legislación actual– de que los contratos del Estado en el extranjero se sometiesen a arbitraje y guardó silencio, eso sí, respecto a los internos. Conviene destacar que entonces estaba vigente la Ley de Arbitraje de 1953, que se limitaba a regular arbitrajes privados.

Esta trayectoria demuestra las dificultades y recelos que siempre ha despertado el arbitraje en la Administración Pública (sinécdoque que emplearemos para toda la galaxia administrativa) y, particularmente, en el ámbito de la contratación. Uno de los grandes impulsores del arbitraje, ha sido el Consejo de Estado, que promovió el arbitraje internacional en varios dictámenes que veremos después (asunto *Thyssen*, Programa de Apoyo a la industria en Centroamérica, asunto Harpoon) y que sirvieron de espoleta para que, finalmente, el legislador se inclinase a favor del arbitraje en la contratación pública interna.

Para el anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el Consejo de Estado emitió el dictamen 214/1992 en el que afirmó que el arbitraje constituía “una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso” y que sería positivo introducir con carácter general esta institución en el ámbito de la contratación administrativa.

Y así, paso a paso, en las posteriores normas sobre contratación pública se incluyó la posibilidad de acudir al arbitraje bajo determinados requisitos. La consolidación del arbitraje vino, finalmente, a través del art. 39 Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público que supuso la inauguración de una nueva etapa:

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

Esta redacción se mantuvo en el art. 50 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (“TRLCS”). El arbitraje se limitaba en dos ámbitos: (i) el objetivo: solo se permitía el arbitraje en la fase de ejecución del contrato –hecho que hoy día se mantiene incólume– (ii) el subjetivo: se prohibía que las Administraciones Públicas (que venían definidas en el art. 3 del mismo cuerpo legal) se sometiesen a arbitraje.



La limitación del ámbito objetivo impedía –e impide hoy– discutir en arbitraje los denominados actos separables (fase de preparación y adjudicación del contrato). Es razonable esa limitación porque los actos separables son actuaciones desarrolladas en el seno de la organización administrativa y, como tal, impugnables por terceros ante la jurisdicción contencioso–administrativa (piénsese en un tercero que quiere impugnar la adjudicación).

Así, la contratación pública se divide en dos grandes fases: (i) el proceso de adjudicación del contrato y (ii) la ejecución del contrato. En la primera no cabe el arbitraje; mientras que, en esta segunda, sí. Una de las razones principales por las que la fase de preparación y adjudicación del contrato no es susceptible de arbitraje es el interés general que el legislador pretende proteger en esta fase: la adjudicación al contratista afecta a terceros que pueden impugnar esa adjudicación ante los tribunales de lo contencioso–administrativo (actos separables). En consecuencia, no resulta posible que un árbitro resuelva sobre la adjudicación de una obra pública. Además, estos actos cuentan con un régimen de impugnación distinto a la jurisdicción contencioso–administrativa: el recurso especial que puede plantearse ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (art. 44 LCSP).

El arbitraje, por tanto, estará limitado a esa segunda fase de ejecución del contrato donde la relación es bilateral: entre la administración–contratante y adjudicatario–contratista. Aquí las discrepancias que surjan en la ejecución del contrato podrán someterse con naturalidad al arbitraje.

Por su parte, el ámbito subjetivo del arbitraje en esta norma se reducía, en esencia, a las entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, dado que la panoplia de organismos que se incluían en la definición de Administraciones Públicas erradicaba el arbitraje un gran número de organismos o entidades públicas.

2. La indefinición de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017: inexistencia de una referencia específica al arbitraje

La LCSP de 2017 transpuso 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. Una de sus novedades más destacable fue la supresión de la referencia al arbitraje que contenía en el art. 50 TRLCSP. Esta desaparición invita a dos interpretaciones contradictorias:

- La primera: la desaparición de la referencia a arbitraje impide cualquier tipo de arbitraje del sector público.
- La segunda: al desaparecer toda referencia al arbitraje en la nueva ley, pero no existir ninguna prohibición expresa, en realidad el legislador ha querido ampliar el ámbito subjetivo del arbitraje para extenderlo también a las administraciones públicas.



Algunos autores consideraban cuestionable pensar que, ante la falta de previsión, era posible el sometimiento a arbitraje de las Administraciones Públicas. Basaban su negativa en que las Administraciones Públicas, a diferencia de los particulares, necesitan una norma para poder actuar (principio de legalidad). Sin embargo, la realidad es que esta norma existe: la Ley 60/2003 de Arbitraje, que permite estos arbitrajes sin que sea necesario otra norma específica que lo clarifique. El hecho de que no sea una norma particular del sector público no afecta en nada al principio de legalidad.

La prueba de lo que decimos es que el legislador necesitó incorporar una prohibición expresa en el TRLCSP para impedir que las Administraciones Públicas se sometiesen a arbitraje. De lo contrario, no habría incluido ninguna prohibición y el mero silencio habría supuesto la exclusión de todo tipo de arbitrajes del sector público. En suma, el legislador consideró que la única forma de prohibir que las Administraciones Públicas se sometiesen a arbitraje era indicándolo expresamente.

A lo anterior debe añadirse que, tanto por razones de economía –colapso de la jurisdicción– como para adaptar las normas a un mundo global donde es habitual que las entidades públicas participen en arbitraje, lo natural es permitir que el arbitraje en el ámbito de la contratación pública sin ningún tipo de excepción. Así, las estadísticas de la CCI establecen que los Estados y las sociedades estatales participan en alrededor del 20% de los arbitrajes que se dirimen por esa institución. Y los que nos dedicamos a esta disciplina, observamos con naturalidad que muchas entidades públicas empresariales participan en arbitrajes sin que se cuestione la arbitrabilidad o el convenio arbitral.

Tampoco parecería muy coherente que el Reino de España (como Estado y máxima expresión del sector público) participe con tanta asiduidad en arbitrajes de inversión y, en cambio, prohíba internamente el arbitraje en todo el sector público. Máxime cuando en los arbitrajes de inversión se enjuicia, incluso, si un cambio normativo ha afectado o causado daños a un inversor extranjero.

En suma, era la única alternativa posible. Y es que la otra interpretación (*i.e.* prohibición del arbitraje) sería contraria a las nuevas políticas legislativas orientadas a potenciar los medios alternativos de solución de conflictos. Aunque nada nos aclaraba el Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, que se limitó a constatar la eliminación del arbitraje de la norma:

“Se suprime en el anteproyecto la mención que existe en la legislación vigente a la posibilidad de que las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones públicas acudan al arbitraje para la solución de sus diferencias”.

Finalmente, se dictó el RD-Ley 3/2020 que estableció en su art. 123 la posibilidad de someter los conflictos a arbitraje y despejó así cualquier duda existente:

- “1. Las entidades contratantes podrán remitir a un arbitraje en derecho, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.



2. Los pliegos de condiciones determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista.
3. Cuando el pliego no señale la composición del órgano arbitral, y no exista acuerdo sobre la misma entre la entidad contratante y el contratista, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación a que se refiere el art. 119”.

Como podemos comprobar, el primer apartado de este artículo establece que (i) el arbitraje será de derecho –se excluyen los arbitrajes de equidad, lo cual resulta razonable *ex art.* 103.1º CE– y (ii) señala que solo podrán someterse a arbitraje diferencias relativas a la ejecución de los contratos. Por el texto del segundo apartado, parecería, a priori, que no contemple la posibilidad de que se nombre, tan solo, a un árbitro único. Sin embargo, por sus menores costes puede ser una solución idónea para controversias de escasa cuantía.

Un punto sobre el que se ha reparado poco es que el art. 5.3º RD–Ley 3/2020 excluye de su ámbito de aplicación los contratos suscritos por las entidades que, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tengan la consideración de Administraciones Públicas. Parecería entonces un retorno al TRLCSP; aunque la ausencia de una prohibición expresa da cierto aliento, todavía, a esta opción.

Como vemos, en definitiva, el legislador ha dado una serie de saltos que han convertido al arbitraje en el juego del gato y el ratón. Por suerte, la situación se ha aclarado mediante algunas actuaciones posteriores como la inclusión del arbitraje en el Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre que regula los convenios de las administraciones públicas con los sistemas de responsabilidad ampliada del productor en materia de envases domésticos.

3. Arbitrabilidad del Derecho de la competencia

El Derecho de la competencia ha sufrido un proceso parecido al de la contratación pública. Así, en un principio, los asuntos relacionados con el derecho de la competencia se consideraban inarbitrables o, al menos, su arbitrabilidad generaba muchas dudas. Lo mismo ocurría en otros ámbitos del derecho: propiedad intelectual, derecho societario (en particular, la impugnación de acuerdos sociales), arrendamientos urbanos, propiedad industrial, competencia desleal o propiedad horizontal.

Una de las razones que llevaba a esa desconsideración era el erróneo concepto que se ha utilizado para delimitar la arbitrabilidad de un campo del derecho: las materias. Así, se partía de una dicotomía falsa: una materia es arbitrable o inarbitrable. A esa algarabía coadyuvaba el art. 2 de la Ley de Arbitraje que establecía una presunción a favor del arbitraje para aquellas materias de libre disposición. Pero una materia no es *per se* disponible o indisponible. Tampoco se arbitran las materias. Lo que resultan disponibles son los derechos subjetivos de las partes y lo que se arbitran son las pretensiones que las partes ejercitan en un proceso.



Arbitrabilidad no es sinónimo de disponibilidad. El legislador puede prohibir la arbitrabilidad de determinados campos del Derecho porque considere que existen razones de interés general (*v.gr.* sectores sensibles) con independencia de los derechos que las partes quisiesen ejercitar. Eso es lo que ocurría, resueltamente, con las Administraciones Públicas cuando se encontraba en vigor el TRLCSP.

La propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje señalaba:

“Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable”

Por tanto, la disponibilidad es más amplia que la arbitrabilidad. En el ámbito del Derecho de la Competencia, las dudas que existían afectaban por completo a la arbitrabilidad de este sector o campo del Derecho con independencia de los derechos que las partes ejercitasen en una controversia. Sin embargo, a raíz de la Sentencia del TJUE de 1 de junio de 1999 (C-126/97) en el asunto *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International*, se disiparon estas dudas.

La Corte Suprema de los Países Bajos planteó cinco cuestiones prejudiciales en un caso donde se planteaba la nulidad de un laudo, con base en infracción del orden público, por verse afectado el Derecho de la Competencia. El TJUE resolvió que los tribunales de los Estados miembros debían velar porque los árbitros cumplieren con la normativa comunitaria y, de esta forma, toda la doctrina concluyó que el Derecho de la Competencia era arbitrable. No solo eso: los árbitros debían aplicar estas normas cuando correspondiese porque, en caso contrario, podrían infringir el orden público. Así se abrió la espita que impedía que se arbitrasen controversias donde se discutiese sobre el Derecho de la Competencia.

En este ámbito es fácil distinguir la arbitrabilidad de la disponibilidad: las infracciones de Derecho de la competencia que determinan los organismos públicos como la CNMC, no pueden ser objeto de arbitraje, por no ser un ámbito disponible para el sujeto sancionado. Pero los efectos que esa infracción tiene en terceros (daños y acciones privadas) sí serán susceptible de arbitraje.

En España está consolidada la arbitrabilidad del Derecho de la competencia, así como de otras “materias” que tradicionalmente se han considerado sensibles. Sin embargo, algunos tribunales consideran que esa apertura hacia esos sectores debe equilibrarse con un aumento del control del fondo del asunto. Es el caso de la STSJ Madrid nº 66/2021, 22 octubre:

“La arbitrabilidad de la controversia, es cierto, va ganando terreno conforme el arbitraje se hace usual entre los participantes del tráfico comercial internacional. De esta forma terrenos tradicionalmente ‘incómodos’ en el arbitraje como el Derecho de la competencia o la propiedad industrial, el derecho de sociedades multinacionales, son hoy pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional. Sin embargo, este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el arbitraje se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La entrada del arbitraje en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto



al fondo. Es aquí donde, de manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse sin paliativos. Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante arbitraje; pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación”.

No parece justificado, al menos no en esos términos, un aumento del control del laudo, sino, más bien, la verificación de que el árbitro ha analizado en el laudo las normas imperativas que resultan de aplicación. Lo relevante, en cualquier caso, es despejar las dudas que se cernían sobre la arbitrabilidad del derecho de la competencia.

III. FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD EN EL ESTADO Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. La vía convencional y el principio de legalidad como motores del consentimiento de las Administraciones Públicas

EL arbitraje está basado en la autonomía de la voluntad (arts. 1 y 10 CE) que se formaliza mediante un acuerdo denominado convenio arbitral. El convenio arbitral es el instrumento mediante el que dos partes pactan someter sus controversias a arbitraje y, como resultado, sustraen la disputa de la jurisdicción y generan una potestad de tipo jurisdiccional a favor de uno o varios árbitros. Por tanto, genera efectos materiales directos desde su firma; pero efectos procesales indirectos dado que el arbitraje solo se pondrá en marcha si una de las partes lo impetra.

Uno de los debates obligados cuando encaramos esta materia es dilucidar cómo otorga consentimiento una Administración Pública, dado que carece *per se* de autonomía de la voluntad. También conviene despejar si es válido que unos pliegos incluyan un convenio arbitral sin que quepa ningún tipo de negociación por parte de los licitadores o el adjudicatario. Lo anterior es importante porque el Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones la prohibición de los arbitrajes obligatorios (STC 174/1995, de 23 de noviembre y STC 1/2018, de 11 de enero de 2018) y de ahí que pudiera cuestionarse la viabilidad de los arbitrajes en las Administraciones Públicas si ninguna de las partes prestase realmente su consentimiento: uno por carecer de libertad y el otro de negociación.

Algunos autores han señalado que el arbitraje debe ser voluntario para el contratista y obligatorio para la Administración Pública y cuestionan que, por el hecho de que el contratista acepte los pliegos pueda ser obligado también a someterse a arbitraje. No compartimos esa afirmación. Como dispone el art. 139.1 Ley 9/2017, la participación de los interesados en una licitación “supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones”. Ocurre también en los arbitrajes que se han desarrollado ante la CNMC por la aceptación de los “compromisos” –fórmula similar



a los pliegos— o en el arbitraje testamentario (regulado, por cierto, en el art. 10 LA). Es cierto que ese precepto ha recibido críticas porque el arbitraje lo impone el causante a los herederos. Pero los herederos tienen plena libertad para aceptar la herencia o repudiarla y, en consecuencia, la autonomía de la voluntad continúa viva como elemento germinador del arbitraje.

Por otro lado, en ningún caso se cumplen las condiciones para considerar que el convenio arbitral incluido en los pliegos deba recibir el tratamiento de un contrato de adhesión. El adjudicatario previamente licitó y conoció el contenido de los pliegos y, en consecuencia, prestó el consentimiento al arbitraje en el momento en el que presenta su candidatura a la licitación. En suma, la voluntad del contratista se produce en el momento en el que licitó y aceptó los pliegos que contienen un convenio arbitral.

La formación de la voluntad en la Administración Pública es más compleja. En mi opinión, deben distinguirse diferentes supuestos. Cuando quienes suscriben el convenio arbitral son entidades públicas empresariales o sociedades estatales, no existe ninguna duda de que la suscripción del convenio arbitral viene determinada por la autonomía de la voluntad de esas sociedades expresada mediante la firma del contrato por parte de sus representantes y no necesitan ningún otro requisito adicional.

El art. 7.3º de la Ley General Presupuestaria establece que:

“no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

Este precepto ha sido empleado en algunas ocasiones por entidades públicas para sor-
tear la validez del convenio arbitral. Pero la jurisprudencia ha concluido que las entidades públicas empresariales no están sometidas a ese rígido esquema de autorización y, lo que es más importante, que no toda actuación de una empresa pública compromete los derechos de la Hacienda Pública y que, por tanto, no siempre es necesaria esa autorización previa que exige el art. 7.3 LGP:

La SAP Albacete 1ª 29 octubre de 2010:

“RENFE Operadora es una entidad pública empresarial creada por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre (RCL 2003, 2685), del Sector Ferroviario, para asumir algunas de las funciones y competencias de la antigua RENFE (Red Nacional de Ferrocarriles Españoles), que pasó a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. RENFE Operadora es pues una entidad pública empresarial, sujeta a la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, en relación con la DT3ª de la Ley 6/1997 (LOFAGE), integrada dentro de la Administración General de Estado, que desarrolla una actividad de interés público susceptible de contraprestación, como es el transporte de viajeros por ferrocarril. El art. 7.3 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, que limita a través de rígidos requisitos de autorización el sometimiento a arbitraje de los derechos pertenecientes a la Hacienda Pública (no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno), excluye claramente a las entidades públicas de carácter empresarial. RENFE puede, por lo tanto, someter las controversias derivadas del contrato de transporte a las Juntas arbitrales de Transporte incardinadas en las Juntas arbitrales de consumo,



bien en virtud del convenio arbitral “presunto” o sometimiento tácito derivado del art. 38 LOTT, bien por sumisión expresa u oferta de adhesión al sistema arbitral de consumo como cualquier empresario”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 4 de julio de 2011, con cita de la Sentencia anterior, resuelve que cabe el arbitraje con RENFE, a pesar de ser una empresa pública estatal, por la naturaleza contractual e indemnizatoria de la disputa:

“Es verdad que los arts. 9.4º LOPJ y 2 –e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa atribuyen a ésta la competencia jurisdiccional en casos de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, pública o privada, pero no apreciamos obstáculo al arbitraje legal institucional previsto en el art. 38 LOTT y su Reglamento, concurriendo sus requisitos y en especial el referido al sometimiento expreso o presunto, al tratarse aquí de controversias de tipo jurídico privado con los consumidores o usuarios en materia de cumplimiento del contrato de transporte que se entienden disponibles y por tanto arbitrables (art. 2 LA), sin que se haya citado norma que prohíba a RENFE someterse al arbitraje”.

Encontramos también resoluciones que distinguen –con acierto– que no debe confundirse “Hacienda Pública” con “sector público”; pues son cosas distintas y sus patrimonios están diferenciados –excluyéndose, incluso a “*entidades públicas empresariales*” o “*sociedades mercantiles estatales*”–. Así lo explica la STSJ Castilla y León Soc 1ª 14 diciembre 2018:

“Ocurre que el concepto de Hacienda Pública estatal, de acuerdo con el art. 5.1, solamente se refiere al “conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos”, lo que no incluye a entidades públicas empresariales como RENFE Operadora ni a sociedades mercantiles estatales, aunque las mismas sí estén incluidas en el concepto más amplio de “sector público” del art. 3 de la misma Ley, pero dentro del subtipo de “sector público empresarial”, que no tiene prohibida la negociación y transacción judicial o extrajudicial. No puede confundirse el concepto “sector público” con el de “Hacienda Pública”, puesto que solamente esta segunda está afectada por la prohibición de transacción prevista en la legislación presupuestaria. Por consiguiente, cuando no es de aplicación ningún trámite previo de agotamiento de la vía administrativa, como aquí ocurre, no encuentra esta Sala justificación normativa alguna para excluir las demandas contra entidades del sector público empresarial o fundacional, que no tienen prohibida la transacción judicial o extrajudicial, del trámite obligatorio de conciliación previa”.

La claridad de estas resoluciones contrasta con alguna resolución aislada y que demuestra la necesidad de contar con iniciativas como las realizadas por CIMA. Las SSTSJ Madrid 30 de octubre de 2019 y 4 de febrero de 2020 determinaron que la ausencia de ese requisito previo determinaba la nulidad del laudo por inexistencia de convenio arbitral:

“La materia era susceptible de arbitraje, pero el convenio colisionó con normas imperativas por cuanto, al estar en juego derechos económicos de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, era necesaria la autorización previa habilitante a la empresa pública Gedesma para someterse a arbitraje, lo que de acuerdo con el art. 35.1 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre (LCM 1990, 141) , reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid comportaba un acto concreto y explícito: un Decreto del Consejo de Gobierno. Al no haberse obtenido esta autorización para comprometer la decisión que pudiera recaer si surgían conflictos o diferencias al margen de las acciones ejercitables ante la jurisdicción, se declaró la nulidad del Laudo interlocutorio negando de tal modo la competencia del árbitro para conocer de la controversia suscitada entre las partes”.



Por último, en el campo puramente administrativo, citamos la STSJ Canarias, Las Palmas CA 1ª 19 marzo de 2019 que recuerda las dificultades del despegue del arbitraje en el ámbito del sector público para concluir admitiendo la validez de estos arbitrajes.

No existe, por tanto, ningún problema con que las entidades públicas empresariales y sociedades estatales o autonómicas sometan sus controversias a arbitraje. Más compleja es la formación de la voluntad en el seno de las Administraciones Públicas al carecer estas de libertad y autonomía de la voluntad.

Primero, es necesario distinguir entre las actividades regladas (donde la norma planifica toda la actividad de las Administraciones Públicas) de las actividades discrecionales (donde la norma permite un cierto margen de actuación a las Administraciones Públicas).

Segundo, en relación con lo anterior, la actividad de las Administraciones Públicas se sedimenta en el principio de legalidad. Y, por tanto, la Ley es la que determina su actuación. Pero eso no es ningún óbice para la validez del arbitraje. El consentimiento existe en la medida en que el legislador exprese su voluntad al incluir el arbitraje en una norma y se cumplirá, por tanto, con la exigencia del art. 103.1º CE. Una vez superado el principio de legalidad y el interés general como enemigos del arbitraje, se vuelven sus mejores aliados. De la misma forma que el Estado presta su voluntad cuando firma un Tratado debido a la decisión tomada desde el Parlamento en virtud del *treaty making power*, del que derivará finalmente el arbitraje.

Por último, debemos señalar que en Iberoamérica es muy habitual encontrarnos con empresas públicas, cantones, provincias, municipios e incluso Ministerios o los propios Estados someterse a arbitrajes comerciales por incluir en sus contratos o en sus pliegos este método de resolución de conflictos. Es una de las fórmulas que tienen para atraer inversión, principalmente en infraestructuras: construcción de autopistas, vías ferroviarias, centrales de energía, edificios etc. donde se necesita que, además de las empresas locales, empresas extranjeras acudan a esas licitaciones para garantizar una mayor competencia —que redunde en más opciones y, consecuentemente, más calidad y mejor precio—.

La ley de concesiones de obras públicas de Chile permite el sometimiento a arbitraje o paneles técnicos (que actúan como *Dispute Boards*). Perú también ha incorporado esta posibilidad en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, donde denomina Juntas de Resolución de Disputas a los *Dispute Boards* y Ecuador al hacer referencia a “dictámenes técnicos” en el art. 20 de la Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas.

Por lo que las reticencias del legislador español hacia el arbitraje resultan más incomprensibles si observamos la naturalidad con la que países de nuestro entorno o con una tradición similar a la nuestra han incorporado diferentes métodos alternativos de solución de conflictos en la contratación pública y, además, choca con la posición que mantiene cuando la contratación se produce en el extranjero o con empresas de fuera.

Así, el apartado tercero, de la Disposición Adicional Primera de la Ley 9/2017 incluye la posibilidad de que se sometan a arbitraje cuando la contratación se produzca con empresas extranjeras. Esto reafirma la tesis de que cabe el sometimiento a arbitraje de las



Administraciones Públicas; puesto que sería ciertamente discriminatorio que se admitiera el arbitraje con empresas extranjeras y no con las locales. Asimismo, el art. 70 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social señala, respecto a Loterías y Apuestas del Estado (que tiene la condición de una entidad pública empresarial) que, en los contratos que celebre en el extranjero procurará incluir un convenio arbitral para la resolución de las discrepancias que pudieran surgir.

2. La formación de la voluntad del Estado: la vía de los tratados internacionales

A) Procedimiento de autorización de los Tratados

Un tratado es un acuerdo internacional celebrado entre sujetos de Derecho internacional y regido por el Derecho internacional. Por tanto, los tratados son de naturaleza convencional y regulan tanto las relaciones entre los Estados como las relaciones entre los ciudadanos de los Estados firmantes. En España, el *treaty-making power* recae exclusivamente en el Estado *ex art.* 149.1.3 CE, fundado en el concepto jurídico “*relaciones internacionales*”, mientras que el Gobierno dirige la política exterior *ex art.* 97 CE. De lo anterior se desprende que las Comunidades Autónomas carecen de competencia para concluir tratados. Aunque, se reconoce que la actuación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye, pueden tener efectos en el exterior que deben regularse para evitar la descoordinación de la acción exterior del Estado (STC 26 de mayo de 1994).

El procedimiento de autorización de los tratados que comportan cesiones de soberanía viene regulado en el art. 93 a 96 CE: la naturaleza de algunos acuerdos hace inexorable la intervención parlamentaria y esto hay que conjugarlo a la vez con que un control rígido de cualquier acción exterior gubernamental produciría una ineficacia de las relaciones internacionales.

En la producción de tratados hay que distinguir la forma de prestación del consentimiento debido a que la CE viste de ciertas formalidades a los tratados más relevantes: aquellos en los que existe una cesión de competencias mayor. En definitiva, el grado de intervención varía según en qué supuesto de los establecidos en los arts. 93 a 96 CE nos encontremos. La autorización parlamentaria se prevé para los tratados de los arts. 93 y 94.1º CE mientras que, en virtud del principio de eficacia, se permite que el Gobierno concluya otros acuerdos internacionales en las que la intervención parlamentaria se reduce a la necesidad de ser informados de la conclusión del tratado; es decir, es una intervención pasiva y singularmente limitada.

Si el Gobierno suscribiese un tratado que no requiere la autorización de las Cortes, deberá, tan solo, informar de inmediato al Congreso y al Senado de su conclusión. La razón de ser de este artículo reside en procurar una ágil actuación del Gobierno en sus relaciones internacionales que se vería obturada de requerirse la burocrática intervención



parlamentaria. El único requisito en estos casos es contar con el preceptivo informe del Consejo de Estado para la conclusión de tratados internacionales (art. 22.1º Ley Orgánica 3/1980). En la práctica, el Gobierno no suele apartarse del contenido del dictamen, de tal forma que este actúa como barrera para la arbitraria conclusión de tratados internacionales que debieran conllevar la autorización parlamentaria.

B) Regulación del art. 93 CE

El art. 93 CE regula la autorización de tratados por los que se cedan competencias internas a una organización internacional:

“Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

Este artículo se configuró con la mira puesta en la integración de España en la UE. Mediante el consentimiento prestado por este artículo, el Estado cede competencias derivadas de la constitución a una organización internacional, solucionando el problema de la integración de otros ordenamientos supranacionales en el ámbito interno. Se tratan, por tanto, de tratados *self-executing*; es decir, que el tratado se aplica directamente sin necesidad de que el Estado adopte ninguna medida interna. Un matiz relevante es que la cesión de competencias prevista en el art. 93 CE no comporta la cesión de la titularidad de las competencias cedidas sino exclusivamente la cesión del ejercicio –lo que permitiría en su caso, revertir esa cesión–.

El Gobierno y las Cortes Generales deben velar por el cumplimiento del tratado. Para ello es lógico prever que la organización internacional puede obligar al Estado a cumplir con lo pactado cuando los órganos designados para su vigilancia fracasen e incluso otorgarle poder sancionatorio para el caso de que el Estado incumpla lo pactado.

El art. 93 CE no puede servir de instrumento para introducir una reforma implícita de la Constitución (DTC 1/1992 y 1/2004). Es cierto que se trata de un artículo bisagra mediante el que se pueden introducir otros ordenamientos jurídicos en nuestro sistema constitucional por mor de la cesión del ejercicio de competencias. Pero no tienen cabida acuerdos contradictorios al bloque de constitucionalidad: cualquier modificación de la Constitución Española debe producirse mediante el procedimiento establecido en el art. 167 CE.

Los dos únicos tratados autorizados mediante Ley Orgánica que no guardan relación con la UE son: (i) la adopción de la resolución 827 (1993) de la ONU mediante la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia y el (ii) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, autorizado mediante Ley Orgánica 6/2000 de 4



de octubre. En definitiva, a través del art. 93 CE se permite que entidades supranacionales adopten decisiones jurídicamente vinculantes en el ordenamiento jurídico interno.

C) Consentimiento del Estado a través del art. 94.1º CE

El art. 94.1 establece que será necesaria la previa autorización de las Cortes Generales, para que el Estado preste su consentimiento a través de un tratado, en los siguientes casos:

“a) Tratados de carácter político; b) Tratados o convenios de carácter militar; c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I; d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública; e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.”

No es sencillo delimitar el ámbito de estos tratados –prácticamente la totalidad de los tratados revisten “carácter político”– e incluso algún tratado se ha suscrito por esta vía a pesar de que podría considerarse que suponía una cesión de competencias, aunque de menor grado (Auto TC nº 190/2009 de 23 junio [RTC 2009\190]).

La forma de autorización previa es dudosa, más allá de la necesaria autorización previa de las Cortes. Por un lado, el artículo no define la forma en la que debe prestarse el consentimiento si mediante ley de autorización o acuerdo parlamentario y tampoco lo hace el art. 16.2º Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (“LTAI”).

Es importante señalar que la omisión de esta autorización previa de las Cortes, aunque supone una violación del derecho interno, no desplegará efectos en el ámbito internacional. El art. 46 del Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”) establece que la violación del derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegada como “*vicio del consentimiento*” salvo que esa infracción sea “*manifiesta*” y “*afecte a una norma fundamental*”.

Por su importancia en el arbitraje, debemos destacar que los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) suscritos por España precisan de esa autorización de las Cortes al amparo del art. 94.1 CE. En mi opinión, la ratificación de los APPRI necesita una previa autorización de las Cortes, principalmente, por el apartado “e)” al suponer sustracción de la competencia atribuida por el art. 24 LOPJ a los tribunales españoles (dictamen del Consejo de Estado 1090/1993), y me resulta más discutible basarlo en el apartado “d)” porque la suscripción del APPRI en sí no tiene efectos directos en la Hacienda Pública –aunque sí el desarrollo del APPRI al permitir que un tribunal arbitral condene a España–.

A idéntica conclusión llegó el dictamen 1436/1993 del Consejo de Estado previo a la ratificación del Convenio de Washington de 1965, constitutivo del CIADI. A estos efectos hay que recordar que los laudos dictados en el marco del CIADI son *self-executing*; esto es, no precisan de exequatur para su reconocimiento interno. O, dicho con otras



palabras, una vez emitidos son reconocidos inmediatamente por cualquier parte firmante del Convenio de Washington. Podría plantearse entonces si eso supone una cesión de las competencias constitucionales que los arts. 106 y 117 CE atribuyen a los Jueces –de lo contencioso–administrativo–; lo que habría podido suponer que se emplease el cauce del 93 CE.

Sin embargo, el dictamen del Consejo de Estado consideró que

“la mera ratificación aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”.

Con lo que es preciso un segundo tratado (APPRI) que contemple la posibilidad de acudir a arbitraje. Y, en cualquier caso, no reside en el Banco Mundial la potestad para dictar laudos condenatorios, sino al tribunal arbitral designado.

Más estrambótico es el supuesto de la adhesión de España a diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional, que tuvo lugar mediante Decreto–Ley saltándose la obligación de someter la adhesión a las Cortes por generar (cuantiosas) obligaciones para la Hacienda Pública (art. 94.1, apartado d). La Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) nº 155/2005 de 9 junio declaró –contrariamente a lo sostenido por el dictamen del Consejo de Estado– que era posible declarar la nulidad en el ordenamiento jurídico interno; pero, a la vez, mantener los efectos del tratado para evitar que se incurra en una responsabilidad internacional –sin perjuicio, evidentemente, de la obligación del Gobierno de someter a las Cortes, de inmediato, la autorización del tratado–:

“Pues bien, en el presente caso el compromiso de carácter económico asumido por el Estado ha de darse por perfectamente consumado, y no cabe revertirlo para evitar los perjuicios que en otro caso podrían acarrear al Fondo Monetario Internacional y a otros Estados

La inidoneidad del específico procedimiento seguido por las Cortes Generales, con ser, insistimos, tan grave como puede serlo toda infracción de la Constitución, encuentra sanción suficiente con la declaración de inconstitucionalidad del precepto que de ese procedimiento ha resultado, sin necesidad de añadir a ello un efecto anulatorio que, sobre no reparar en su integridad el mal causado, sumaría al ya producido el de la revisión de un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva del Derecho de los tratados.”

El problema de la ratificación tanto del tratado como de su aplicación provisional es tremendamente relevante. Como muestra, el litigio más importante (cuantitativamente hablando) de la historia (*Yukos c. Rusia* – Corte Permanente de Arbitraje, Caso AA 227, Laudo de 18 de julio de 2014) por el que se condenó a Rusia a pagar a los accionistas de la desaparecida petrolera Yukos la cantidad de 50.000 millones de dólares, fue anulado por un simple (me permito calificarlo así por la enjundia de la disputa) *Hague District Court* por considerar que el art. 26 del Tratado de la Carta de la Energía (“ECT”), que ofrece a los signatarios la posibilidad de acudir a arbitraje, no resultaba de aplicación a Rusia a pesar de que hubiera consentido su aplicación provisional por la falta de ratificación del ECT por el Parlamento ruso.



D) Acción exterior de las Administraciones Públicas

La competencia para suscribir tratados reside en el Estado. Sin embargo, la participación de las Comunidades Autónomas con empresas extranjeras y su pulsión por atraer inversiones supuso que se les reconociese cierta acción exterior en la STC (Pleno) de 20 de julio de 1989. Algunas Comunidades Autónomas, entonces, se excedieron en su acción exterior.

Para paliar las lagunas que dejaba esta situación, se promulgó la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (“LASEE”) y la LTAI, que sustituye al anticuado Decreto 801/72 que regulaba la forma en la que el Estado se obligaba a través de Tratados internacionales.

La LASEE reconoce la existencia de una pluralidad de sujetos internos cuya actividad tiene repercusión en el exterior. Uno de los objetivos de esta norma es dotar de unidad y coherencia a la actuación exterior de España. Distingue a estos efectos la política exterior –que es exclusiva del Gobierno– de la acción exterior del Estado: se permite que las Administraciones Públicas tengan proyección en el extranjero siempre “*con observancia y adecuación a las directrices, fines y objetivos establecidos por el Gobierno en el ejercicio de su competencia de dirección de la Política Exterior.*” Incluso se eleva ese principio de acción unitaria al de “*lealtad institucional*” bajo la coordinación del Consejo de Política Exterior, al que se atribuyen, por fin, las funciones propias de tan solemne nomenclatura.

La LTAI establece que las Administraciones Públicas pueden suscribir tanto “acuerdos internacionales administrativos” (art. 38), como “*acuerdos internacionales no normativos*” (art. 44). No pueden, como tampoco pueden las Comunidades Autónomas, suscribir tratados internacionales. En sus definiciones la LTAI distingue tratados, internacionales, acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos:

- i) “tratado internacional”: acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación.
- ii) “acuerdo internacional administrativo”: acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno.
- iii) “acuerdo internacional no normativo”: acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de



derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional.”

Distintos de estos acuerdos son los contratos internacionales por los que España o alguno de sus apéndices participa en los negocios internacionales y que quedarían bajo el marco de la LCSP –como ya hemos visto– y con una inclinación favorable al arbitraje. Por interés histórico citamos el Convenio entre el Gobierno del Estado Español y la República de Alemania sobre financiación parcial del proyecto de trasvase Tajo–Segura por el cual la entidad de crédito *Kreditanstalt für Wiederaufbau* prestó a España varios millones de marcos alemanas e intervenía el Gobierno de Alemania en la operación. El apartado 6º del art. XI rezaba así:

“En el caso de que las Partes Contratantes no llegasen a un acuerdo amigable, cualquiera desavenencias resultantes de este contrato, incluso las relativas a la validez de este contrato y a la del contrato de arbitraje, serán sometidas a un procedimiento de arbitraje, de acuerdo con el contrato de arbitraje que constituye parte integrante del presente contrato”

Este convenio arbitral es toda una reliquia.

En suma, la producción de normas convencionales internacionales no se limita a los solemnes tratados internacionales que disponen de una regulación autónoma en los arts. 93 a 96 CE. El problema es que las normas convencionales internacionales abarcan muchos acuerdos que no ascienden a la categoría de tratados que carecían de una regulación específica. A mayor abundamiento, la UE asume –cada vez más– competencias en materia exterior que también comprometen al Estado. Y España tiene una estructura administrativa compleja donde los entes subestatales asumen posiciones en el exterior que pueden generar controversias en el orden internacional. Y el CVDT es concluyente: los Estados no pueden ampararse en su normativa interna para desligarse de un compromiso internacional.

IV. DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO EN FAVOR DEL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO NACIONAL Y EN LA CONTRATACIÓN Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

EL Consejo de Estado es el alto cuerpo consultivo que tiene encomendada, *inter alia*, la función de emitir dictámenes conforme al art. 21.8º Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado: “Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos”.

El Consejo de Estado se ha mostrado, tradicionalmente, muy favorable al uso del arbitraje; en particular, en contratación internacional de envergadura; en ocasiones incluso



realizando algunas interpretaciones creativas de las normas aplicables para adaptarse a las exigencias del comercio internacional. Y con sus dictámenes ha creado un cuerpo doctrinal de interesante análisis. Destacamos algunos de los dictámenes más relevantes:

- i) *Dictamen del Consejo de Estado 53716 de 13 de julio de 1989*. Se promovió la contratación de una partida de misiles “Harpoon” y asistencia técnica por importe de 316.800.000 pesetas al amparo del art. 9 b) del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por el que se regulan los contratos de asistencia que celebre la Administración del Estado y sus Organismos autónomos con Empresas consultoras o de servicios que permitía la contratación directa en “*Aquellos en que sólo exista una empresa clasificada para realizar los estudios o servicios o en que, por circunstancias excepcionales, no convenga promover la concurrencia, previa justificación razonada en el expediente*”.

El Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa, en su informe preceptivo, indicó que el convenio arbitral que se prevé en el Contrato es acorde con las normas del comercio internacional, pero, de acuerdo con el art. 39 de la Ley General Presupuestaria (antes visto) la sumisión al arbitraje debe acordarse por Decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado por lo que recomendaba suprimir el convenio arbitral para evitar que el retraso en los trámites llevara a la conclusión del contrato pasado el ejercicio 1988. La compañía americana se negó a suprimir el convenio arbitral.

El Consejo de Estado realizó una interpretación extensiva del concepto “normas y usos vigentes del comercio internacional” para permitir la suscripción del contrato –convenio arbitral incluido– sin necesidad de Real Decreto. Lo que demuestra los estrechos cercos legislativos pueden ampliarse con un espíritu abierto y que la rigidez es solo teórica.

- ii) *Dictamen 53843 de 26 de octubre de 1989*. Se realizó tras el acuerdo entre España y el Consejo Oleícola Internacional por el que se otorgaba inmunidad penal, civil y administrativa al Consejo. Se trae a colación este Dictamen por cuanto en el mismo se prevé que se exige autorización de Las Cortes, algo común en todos los acuerdos que concedan inmunidades, como es el caso, respecto de los funcionarios de este Consejo, ya que, como toda inmunidad jurisdiccional, supone afecta al art. 117.3º CE. Además, las controversias en aplicación del acuerdo se someterían a arbitraje.
- iii) *Dictamen 54160 de 8 de febrero de 1990*. Determina que el hecho de que el Reino de España vaya a suscribir un convenio internacional donde se incluye una cláusula arbitral no convierte a ese tratado internacional en político y que, en consecuencia, no es necesaria la previa autorización de las Cortes Generales. Como elemento de interés, se plantea una cláusula híbrida donde ante la falta de arbitraje sería competente el Tribunal de Justicia.
- iv) *Dictamen 329/1991 (Asuntos Exteriores) de 16 de mayo de 1991*. Se trataba de un Convenio de Administración de Programa entre la Comisión de la Comunidad Europea y el Reino de España para Proyecto “Programa de Apoyo a la Pequeña y Mediana Industria en Centroamérica – Fase II” y Anejos. Mediante este Convenio, España,



fiel a sus lazos históricos, financiaría a la pequeña y mediana en Centroamérica y se determinó que las disputas relacionadas con el Convenio se someterían a arbitraje. Tuvo que autorizarse por las Cortes *ex art.* 94.1 d) CE debido a que acarreaba obligaciones financieras.

- v) *Dictamen del Consejo de Estado 847/1994*: Este dictamen se emitió debido al conflicto transfronterizo entre Asturias y Castilla y León donde se disputan el deslinde entre los términos municipales de Cabrillanes (León) y Somiedo (Asturias) conforme al acta de la Real Ejecutoria de 1788 firmada por Carlos III. Lo destacable es que el Principado de Asturias había elevado una consulta al Ministerio para las Administraciones Públicas, y que ese Departamento había propuesto que, si no se producía un acuerdo, los Ayuntamientos se sometiesen voluntariamente al arbitraje del Instituto Geográfico Nacional.
- vi) *Dictamen del Consejo de Estado 2062/1994 (Defensa) de 17 de noviembre de 1994*. El 11 de diciembre de 1991 tuvo entrada en el Comité Permanente Hispano-Norteamericano un oficio de la Asesoría Jurídica de la Dirección Territorial de Madrid del Instituto Nacional de la Salud, en el que se explicaba que el 5 de octubre de 1990 un soldado norteamericano había ingresado en el Hospital Virgen Blanca de León tras haber sufrido un accidente de circulación. INSALUD reclamó el coste de la asistencia sanitaria. Pero debido a los diferentes Convenios existentes entre España y Estados Unidos se concluyó que la controversia debía someterse a arbitraje.
- vii) *Dictamen 3496/1998 (Comunidad de Madrid)*. Es un supuesto en que el Consejo de Estado resuelve sobre la petición realizada por la Comunidad de Madrid en la que pide que se le informe sobre la Ordenación de Actividades FERIALES, donde no se establece con claridad la naturaleza del arbitraje allí previsto; pero parece un mero sustituto del tradicional recurso de alzada y reposición.
- viii) *Dictamen 480/1998 (Medio Ambiente) de 26 de marzo de 1998*. Es uno de los supuestos poco habituales en que el Consejo se niega a una transacción. Se trata del “Proyecto de Convenio transaccional con las Comunidades de Regantes del Río Carrión”, en el que se pretendía, tras años de sequía y de impago de los cánones y tarifas, y para ello, la Confederación Hidrográfica del Duero condonaría la mitad de la deuda de algún ejercicio, aplazaría diez años el cobro y no utilizaría la vía ejecutiva para el cobro. La deuda era tributaria (una figura híbrida entre la tasa y la contribución especial) y además unos regantes se beneficiaban, pero no todos los de la cuenca. Por otro lado, la relación jurídica entre la Administración y los regantes no era incierta, ya que no se trata de una mera discusión entre partes Sentencia de 3 de mayo de 1958 sino incertidumbre objetiva sobre el contenido de la relación jurídica. Y aquí se sabe que hay que pagar y el importe de la deuda. Tampoco hay recíprocas concesiones *aliquid datum, aliquid retentum* ya que la única que cede es la Administración. Por ello es concluyente el Consejo: no procede aprobar el proyecto de convenio de transacción sometido a consulta.



- ix) *Dictamen 2287/2002 (Asuntos Exteriores) de 26 de septiembre de 2002.* Analiza el Acuerdo entre España y Portugal sobre creación comisión arbitral para evaluar las indemnizaciones a españoles por bienes confiscados en Revolución de los claveles de 1974.
- x) *Dictamen 1972/2003 (Comunidad de Madrid) de 24 de julio de 2003.* Expte. relativo al Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento Ejecutivo de la Ley 17/1999, de 29 de abril, sobre Aprovechamiento de Pastos y Rastrojeras para la Protección de la Ganadería Extensiva. Se determina la posibilidad de un arbitraje resuelto por la Junta de Fomento Pecuário: “los conflictos que puedan suscitarse entre las partes contratantes, se resolverán en la jurisdicción ordinaria, previo arbitraje de la Junta de Fomento Pecuário, de acuerdo con lo previsto en el art. 5.3.”. Pero el Consejo de Estado se apresura a señalar que esa fórmula no es un arbitraje porque cabe la revisión de la decisión ante la jurisdicción ordinaria.
- xi) *Dictamen 985/2007 (asuntos exteriores y de cooperación)* por el que España acepta someter a arbitraje el acuerdo alcanzado con la Organización Mundial de las Naciones Unidas para financiar la cúpula de la XX Sala de Conferencias que elaboraría Miquel Barceló, en lo que se conoce como la capilla sixtina de la ONU. Aunque propiamente no existe ninguna discusión acerca de que los conflictos que surgiesen se someterían a arbitraje, resulta de interés comprobar que cuando se trata de someterse a contratos internacionales, incluso con organizaciones supranacionales, España acepta que cualquier controversia se someta a arbitraje.
- xii) *Dictamen 870/2012*, sobre el anteproyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, aclara las funciones arbitrales que se atribuyen a la CNMC.
- xiii) *Dictamen 481/2016*, sobre el accidente del YAK-42 en el que murieron 62 militares españoles y que muestra las dificultades que tendría España para reclamar una indemnización vía arbitraje a la empresa Chapman Freeborn, que fue la que fletó los aviones YAK-42 a través de múltiples subcontrataciones y que fue la empresa a la que NAMSА, la agencia de la OTAN, adjudicó el servicio de transportar a los militares.
- xiv) *Dictamen 19/2017*, relativo a la aprobación del CETA, donde el Consejo de Estado resume el acuerdo convenido entre Canadá y la UE sobre el método de solución de conflictos. Desde el punto de vista institucional, el Acuerdo establece un Comité Mixto como órgano supremo responsable del funcionamiento adecuado del Acuerdo y crea diversos comités especializados para diferentes materias, introduciendo un mecanismo de arbitraje para la solución de controversias entre las Partes.

Por su importancia citamos cuatro informes que son la piedra de toque de este compendio informativo:

- xv) *Dictamen 52709/1988*, sobre la implantación en España de la colección Thyssen. Este dictamen sirvió de fulcro para la promulgación del Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, por el que se autoriza el sometimiento a legislación extranjera



y a arbitraje internacional de los contratos relativos a la colección Thyssen–Borne-misza.

La relevancia de este dictamen está en que, en un momento de democracia incipiente, España acepta el arbitraje como medio de solución de controversias y someterse a derecho inglés. Y, lo que es más importante, es una prueba del valor que tiene este instrumento para atraer inversión extranjera. Sin el arbitraje, ninguna colección habría aceptado instalarse en España para enfrentarse después a la administración ante la jurisdicción contenciosa.

- xvi) *Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 21 de julio de 1994*, sobre la venta de España a Qatar de una serie de aviones “Mirage”. La intervención del Consejo no se suscitó con motivo de una contienda ya suscitada que se pretendiera someter a arbitraje sino respecto de la legalidad de un convenio arbitral para la solución de las diferencias que surjan en la ejecución de un contrato entre el Reino de España y el Estado de Qatar. Y donde se fijó que el arbitraje sería institucional (Cámara de Comercio Internacional), la sede sería Lausanne y la legislación aplicable la suiza.
- xvii) *Dictamen 344/2007* sobre el préstamo concedido por España a Argentina debido al corralito. La economía argentina sufrió un duro revés en 2001 con motivo de la pesificación (el denominado, coloquialmente, “corralito”) y el Fondo Monetario Internacional concedió una línea de crédito por importe de 13.850.000.000 USD en la que España, a través del Banco de España, aportaría 1.000.000.000 USD. El contrato entre España y Argentina contenía un convenio arbitral que indicaba:

“El Acuerdo se regía por las leyes del Estado de Nueva York. Se establecía una cláusula de sumisión a arbitraje, bajo las reglas de la UNCITRAL, en lengua inglesa, con nombramiento de tres árbitros y Nueva York como lugar de arbitraje”.

El Consejo de Estado mostró su opinión favorable al proyecto y tras considerar que la actuación de España era *iure gestionis*, aceptó la transacción —España renunciaba en favor de Argentina a los intereses de demora— y el arbitraje, donde se remitió al Dictamen 1296/2004 anterior, con lo que se consolidaba así la posición del Consejo de Estado. No fue la última vez que el Consejo de Estado se pronunció respecto a la deuda que Argentina arrastraba con España. En el año 2015 emitió el *Dictamen 504/2015*, relativo a la ejecución de un aval concedido por Argentina con motivo de una emisión de bonos de 1993 y cuya resolución se sometería a una serie de consultas ante el Secretario del Club de París y, solo en caso de que las controversias persistieran, a un arbitraje CCI.

- xviii) *Dictamen 1296/2004*, de 21 de mayo sobre el asunto Phillip Morris. La Comisión Europea, en nombre de la Comunidad Europea, formuló demanda de responsabilidad civil contra Phillip Morris ante el Tribunal Federal del Distrito Oriental del Estado de Nueva York. Al negociarse la transacción de este pleito, se firmó un contrato que incluía una cláusula arbitral particularmente atípica que atribuía funciones arbitrales incluso al Tribunal de Primera Instancia europeo y, los asuntos de mayor enjundia, se someterían a un tribunal *ad hoc* (Reglamento UNCITRAL) y



la ley aplicable sería la de Nueva York. Una continuación de este asunto se puede observar del Dictamen 2192/2007, aprobado el 5 de diciembre de 2007 sobre Japan Tobacco.

V. CONCLUSIONES

A pesar de los vaivenes que ha experimentado el arbitraje que involucra al sector público y la cuestión de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia, hoy día es un debate superado: las Administraciones Públicas pueden someterse a arbitraje y los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, también.

La experiencia en contratación internacional demuestra, de hecho, que el Estado es proclive a suscribir convenios arbitrales cuando actúa en el extranjero; para lo cual resultan de incalculable valía los dictámenes del Consejo de Estado. Ahora bien, resulta imprescindible seguir el procedimiento adecuado para que las Administraciones Públicas y el Estado presten su consentimiento en estricto seguimiento de los requisitos establecidos—cuando estos resulten aplicables— pues, de lo contrario, pueden surgir problemas que determinen, incluso, la nulidad del laudo.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS PANIZO, C.I., *El Arbitraje de Derecho Público*, Cizur Menor, Editorial Thomson Reuters. Aranzadi, 2017.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J., “Esbozo de una Ley de mediación y arbitraje en la relación jurídica administrativa” en Felio José Bauzá Martorell (dir.), *Mediación y arbitraje en la Administración Pública: por una conciliación entre la legalidad y la eficacia*, 2022.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009.
- IZQUIERDO SANS, C., “La intervención parlamentaria en la celebración de tratados internacionales en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.
- SERRANO ALBERCA, J.M., “De los Tratados Internacionales”, en F. Garrido Falla (coord.) *Comentarios a la Constitución Española*, 3ª ed, Madrid, Civitas Ediciones.
- SORIANO HINOJOSA, A., *Las administraciones públicas ante el arbitraje*, Madrid, Atelier Libros S.A., 2023.
- TORNOS MAS, “El arbitraje en la contratación pública”, en Felio José Bauzá Martorell (dir.), *Mediación y arbitraje en la Administración Pública: por una conciliación entre la legalidad y la eficacia*, 2022.



Contratos de gestión y de concesión de servicios públicos*

I. INTRODUCCIÓN

EN los últimos años, la contratación pública ha evolucionado de una perspectiva burocrática originaria de la compra pública a ser vista como una *“herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o políticas públicas”*.

Esta nueva visión se alinea con la concepción de las Directivas Europeas sobre contratación pública, que forman parte de la Estrategia Europa 2020. Esta estrategia considera la contratación pública como un instrumento basado en el mercado para alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo, y para promover el uso eficiente de los fondos públicos.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP), incorpora las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE al ordenamiento español. Sin embargo, esta ley va más allá de la simple transposición, ya que busca establecer un sistema de contratación pública más eficiente, transparente, inclusivo e íntegro.

Su objetivo es mejorar el cumplimiento de los fines públicos no solo satisfaciendo las necesidades de los órganos de contratación, sino también facilitando mejores condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas para los operadores económicos, y garantizando la prestación de servicios de mayor calidad a los usuarios.

De este modo, la regulación de la LCSP se orienta hacia dos metas principales. Primero, aumentar la transparencia en la contratación pública, y, segundo, asegurar una mejor relación calidad-precio. En su art. 1, establece que su objetivo es:

- a) Regular la contratación del sector público para asegurar que se cumplan los principios de libre acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

* Se agradece la ayuda en la redacción de este artículo a Celia Martínez Moratalla, asociada de GNCLaw.



- b) Asegurar una utilización eficiente de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y contratación de servicios, en consonancia con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad.

Esto se logrará mediante la definición previa de las necesidades a satisfacer, la protección de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Además, la LCSP también regula el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos del sector público, con el fin de cumplir los objetivos institucionales de carácter público que estos contratos buscan realizar.

En particular, y en lo que a este análisis interesa, la Directiva 2014/23/UE destaca que los contratos de concesión son esenciales para el desarrollo estructural a largo plazo de infraestructuras y servicios estratégicos, fomentando la competencia en el mercado interior y la eficiencia e innovación.

De este modo, la figura del contrato de concesión engloba al contrato de gestión de servicio público. Así, la LCSP de 2017 establece en su Disposición Adicional 34ª que las referencias en la legislación vigente al contrato de gestión de servicio público se interpretarán como referidas al contrato de concesión de servicios a partir del 9 de marzo de 2018, siempre que se ajusten a lo regulado en la nueva Ley.

La legislación actual, por tanto, reconoce únicamente el contrato de concesión de servicios como la forma de gestión indirecta de servicios públicos.

El art. 15 LCSP de 2017 define el contrato de concesión de servicios como

“aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuatro del artículo anterior”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sus informes 34/2011 y 12/2010, resume los requisitos para calificar un contrato como de concesión de servicios, basándose en la jurisprudencia del TJUE, recogidos en los arts. 15 y 284 ss LCSP:

- a) La explotación del servicio por parte del concesionario implica la asunción del riesgo derivado de dicha explotación, es decir, debe haber una “*transferencia del riesgo operacional*” al concesionario.
- b) Aunque los usuarios del servicio público sean los destinatarios naturales, no es necesario que paguen directamente por su uso. La concesión no se desnaturaliza si el pago es realizado por la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que el concesionario asuma el riesgo.
- c) La organización del servicio por parte del concesionario es una exigencia lógica debido a la asunción del riesgo de explotación.



El objetivo del siguiente análisis será identificar las posibilidades de sometimiento a arbitraje de los contratos de concesión de servicios públicos. Para ello analizaremos lo que se entiende por esta figura y después veremos el régimen español así como una referencia a algunos otros regímenes que pueden servir de inspiración a la hora de abordar la materia. Finalmente formularemos las oportunas conclusiones.

II. LA FIGURA DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SU EVOLUCIÓN NORMATIVA

EL contrato de gestión de servicios públicos ha sido una figura tradicional y relevante en el derecho español para la gestión indirecta de servicios públicos, especialmente a nivel local. Este tipo de contrato se caracteriza por involucrar a entidades privadas en la prestación de servicios públicos, con diversas modalidades, siendo la concesión una de las más destacadas.

En el ámbito de la Unión Europea, el contrato de gestión de servicios públicos ha sido una categoría jurídicamente irrelevante y desconocida.

La normativa de la UE no diferencia si el objeto del contrato es un servicio público o no, lo que se evidencia en la falta de regulación específica para estos contratos en la Directiva 2004/18/CE, que se centra en contratos de obras, servicios y suministros. Este silencio de la legislación europea influyó en la decisión del legislador español de eliminar el contrato de gestión de servicios públicos al adaptar las Directivas 2014/23 y 2014/24 al ordenamiento jurídico nacional.

El legislador español ha decidido sustituir el contrato de gestión de servicios públicos por el contrato de concesión de servicios, que se centra en la transferencia del riesgo operacional al concesionario. Este cambio se justifica en la LCSP de 2017 como la adecuación lógica de la normativa nacional a las directivas europeas y supone la reconfiguración de la contratación pública en España.

Sin embargo, parece interesante estudiar cómo era el diseño clásico este tipo contractual para señalar las diferencias que hoy encontramos dentro de la legislación vigente.

1. El originario contrato de gestión de servicios públicos

El contrato de gestión de servicios públicos permitía a una entidad privada gestionar servicios públicos, competencia de un ente público, mediante una encomienda de gestión. La regulación esencial se encontraba en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ambas normas ya derogadas.



Este tipo de contrato implica que la Administración contratante encarga a un contratista la gestión de un servicio bajo su competencia. Sin embargo, la ley excluía expresamente los casos en que esta competencia se encomienda a un organismo público o a una sociedad de Derecho privado de titularidad pública.

Así, se permitía que la Administración gestionase indirectamente, mediante un contrato de gestión de servicios públicos, aquellos servicios que fueran de su competencia. No obstante, existían ciertos límites: no se pueden gestionar indirectamente los servicios que no sean susceptibles de explotación por particulares o aquellos que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

En definitiva, con este tipo de contratos al permitirse la gestión indirecta de los servicios públicos por particulares o sociedades privadas, se buscaba aprovechar la experiencia del sector privado en el servicio específico, para asegurar una prestación de calidad, eficaz y eficiente, que satisficiera el interés general sin comprometer la racionalización de los recursos públicos ni generar un coste excesivo.

Según el art. 8.1º TRLCSP se definía de la siguiente manera:

“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.”

El contrato de gestión de servicios públicos tendría carácter administrativo siempre que lo celebre una Administración Pública, conforme al art. 19 TRLCSP:

“1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública. (...)

a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.”

Es importante destacar que, aunque otras figuras contractuales contempladas en esta norma podían ser utilizadas por todos los entes del sector público definidos en el art. 3 TRLCSP, con diferentes grados y calificaciones según el tipo de entidad, el contrato de gestión de servicios públicos estaba previsto específicamente para una “Administración Pública” o una “Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social”.

También es importante reseñar que, al ser contratos administrativos se sometían legalmente las resoluciones de las controversias a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente, hay que subrayar que, de acuerdo con el art. 8.2º TRLCSP:

“Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a:

a) Los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin.



- b) Aquellos en que la gestión del servicio se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma.”

Por tanto, los convenios internos que la Administración estableciese con un ente instrumental propio para la gestión de un servicio no se calificaban como contratos administrativos de gestión de servicios públicos.

En definitiva, los contratos de gestión de servicios públicos se caracterizaban por dos aspectos fundamentales. En primer lugar, que la explotación de un servicio propio de la Administración Pública fuese gestionado por una entidad privada. Sin embargo, no era posible aplicar este tipo de contrato a servicios que involucren el ejercicio de autoridad pública.

En segundo lugar, según el art. 275 TRLCSP, estos contratos implicaban la transferencia de los riesgos económicos de la gestión del servicio desde la Administración Pública al empresario privado. Esta transferencia podía ser total o parcial, dependiendo de la modalidad específica del contrato.

2. Modalidades de contratación

En el contexto de las modalidades de contratación de la gestión de servicios públicos, según el antiguo art. 277 TRLCSP, se destacaban las siguientes formas.

A) Concesiones

En primer lugar, nos encontramos la concesión como la modalidad paradigmática de la gestión indirecta de los servicios públicos. En este tipo de contrato, la Administración, manteniendo la titularidad del servicio, delega su explotación a un particular (concesionario), quien asume los riesgos económicos asociados a la gestión del servicio. El concesionario opera bajo su propio riesgo y ventura, incluso teniendo la facultad de tomar decisiones administrativas delegadas por la Administración, las cuales pueden ser impugnadas en recursos ordinarios o de alzada.

El contrato de concesión, por tanto, implica que el contratista ejecuta el servicio asumiendo los riesgos económicos, aunque se contempla la posibilidad de que la Administración aplique la cláusula de mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Esta cláusula puede ajustar las tarifas para compensar circunstancias extraordinarias que afecten al contratista o para que la Administración reduzca tarifas, siempre respetando el principio de asunción de riesgos por parte del contratista.

Un ejemplo de contrato de concesión es el “Contrato de concesión de obras públicas”, como el caso de las autopistas radiales, que surgen como una variante del contrato de obras. Este tipo de concesión cubre diversas prestaciones (construcción, reforma, mante-



nimiento, entre otras) y el contratista puede recibir como contraprestación el derecho a explotar la obra o dicho derecho acompañado de una compensación económica pagada por la entidad del sector público durante la duración del contrato.

B) Gestión interesada

Por otro lado, nos encontramos con la gestión interesada como una modalidad de contratación de servicios públicos en la cual tanto la Administración como el empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en una proporción determinada por el contrato. Esta forma de contrato se asemeja al concepto de *aparcería industrial* en el ámbito administrativo, siendo una forma intermedia entre el arrendamiento y la sociedad mercantil.

A diferencia de la concesión, donde el empresario asume totalmente el riesgo y *ventura* de la gestión del servicio, en la gestión interesada se modula este riesgo compartiendo los resultados económicos entre la Administración y el gestor privado. Esto implica que ambos participan en los ingresos brutos, beneficios netos u otros indicadores económicos según lo establecido en el contrato.

Es importante destacar que esta modalidad se diferencia claramente de la sociedad de economía mixta, que implica la creación de una entidad jurídica separada. En cambio, la gestión interesada se realiza mediante un contrato entre la Administración y el gestor privado.

Un ejemplo es el servicio de préstamo de bicicletas de uso público, gestionado bajo la modalidad de gestión interesada. Aquí, tanto la Administración como el gestor privado participan en los resultados económicos de la explotación del servicio, compartiendo el riesgo económico de manera proporcional según lo acordado contractualmente.

C) Concierto

El concierto es una modalidad de contratación de servicios públicos mediante la cual la Administración pública contrata con una persona natural o jurídica que ya realiza actividades privadas similares a las que constituyen el servicio público en cuestión. Esta forma de contrato presupone que la empresa contratada ha estado realizando estas actividades antes de la firma del contrato.

Es posible que este tipo contractual se configure como una solución temporal o transitoria, utilizada cuando la Administración no puede prestar directamente un servicio público debido a diversas razones, como falta de recursos o incapacidad logística.

Sin embargo, con carácter general estos ejemplos eran frecuentes en sectores como el educativo y el sanitario. Así la Administración introduce la competencia del sector privado en ámbitos tradicionalmente gestionados por lo público.



D) Sociedad de economía mixta

La sociedad de economía mixta es una modalidad de contratación de servicios públicos en la que la Administración participa, directamente o a través de una entidad pública, junto con personas naturales o jurídicas del sector privado. En este tipo de sociedad, la Administración suele tener una participación minoritaria en el capital social, pero cuenta con los medios necesarios para ejercer un cierto control sobre la sociedad.

Esto puede incluir el nombramiento de un delegado de la Administración en la sociedad, quien tiene facultades de inspección, suspensión e incluso veto sobre ciertos acuerdos sociales que puedan perjudicar el interés público, según lo establezcan los Estatutos de la sociedad. Esta modalidad es ampliamente utilizada en el ámbito local para gestionar servicios básicos como el suministro de agua, la limpieza, el transporte, entre otros, bajo la premisa de que la gestión privada puede ser más eficiente.

3. Normativa europea

El concepto europeo de concesión de servicios, definido por la Directiva 2014/23/UE, se distingue por la asunción del riesgo de explotación por parte del empresario que gestiona el servicio. Esta característica esencial diferencia la concesión de servicios de otros tipos de contratos públicos, como el contrato de gestión de servicios públicos previamente regulado por el TRLCSP y ya analizado.

En el contexto de la concesión de servicios según la Directiva 2014/23/UE, el empresario no solo presta el servicio, sino que también asume el riesgo inherente a su explotación económica. Este riesgo puede incluir tanto la inversión inicial en la creación del servicio como la operación continua del mismo. A cambio, el empresario puede recibir una compensación que puede consistir en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho combinado con un pago, típicamente a través de tarifas cobradas a los usuarios.

En contraste, el contrato de gestión de servicios públicos bajo el TRLCSP no requería necesariamente que el servicio fuera susceptible de explotación económica por parte de particulares. Esto ampliaba el espectro de servicios que podían ser gestionados indirectamente por la Administración a través de contratos con empresas privadas, abarcando tanto servicios económicos como otros que, aunque no rentables en sí mismos, eran necesarios para el cumplimiento de objetivos públicos.

La LCSP ha ajustado su normativa a la Directiva 2014/23/UE al introducir el contrato de concesión de servicios, que se enfoca en la explotación económica del servicio por parte del concesionario. Esto limita el uso de la modalidad concesional a servicios que puedan ser explotados económicamente por particulares, en línea con las directrices europeas que buscan garantizar una gestión eficiente y sostenible de los servicios públicos.

La ley también permite la adjudicación directa de concesiones de servicios a sociedades de economía mixta, alineándose con la normativa comunitaria. Sin embargo, formas de



gestión indirecta como la gestión interesada o el concierto desaparecen y deben redefinirse como concesiones de servicios o contratos de servicios, dependiendo de si se transfiere o no el riesgo operacional al concesionario. Esto es así porque en el contexto europeo, esta clasificación de contratos de gestión de servicios públicos no tiene un equivalente directo por ser específica del Derecho español.

Así, mientras que ambos tipos de contratos implican la gestión indirecta de servicios públicos por parte de entidades privadas, la concesión de servicios según la Directiva europea se caracteriza por la asunción del riesgo de explotación económica por parte del concesionario, en contraste con el enfoque más amplio y menos específico del contrato de gestión de servicios públicos previo a la LCSP de 2017.

La trasposición de la normativa europea impuso una transición a la actual LCSP. Así, el anterior contrato de gestión de servicios públicos queda suprimido y se reconduce a través de la concesión de servicios que admite ahora dos variantes diferenciadas.

Por un lado, tenemos la concesión de obras y concesión de servicios (arts. 14 y 15 respectivamente de la LCSP de 2017 que será analizada a continuación). Esta última podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de titularidad o competencia de la Administración.

Por otro lado, los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía quedan recogidos en el art. 312 del mismo cuerpo legal.

La Disposición Transitoria Primera de la LCSP de 2017 emplea la fórmula convencional para determinar la aplicación de la nueva normativa contractual a los expedientes iniciados y a los contratos adjudicados después de la entrada en vigor de esta ley, que fue el 9 de marzo de 2018.

Sin embargo, esta disposición, que en apariencia es sencilla de ejecutar, se complica debido a varios factores. Desde el 18 de abril de 2016, cuando entró en vigor el efecto directo de la Directiva 2014/23/UE, se ha generado un conflicto entre el régimen jurídico previsto para la ejecución del contrato de gestión de servicio público en el TRLCSP y las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE, especialmente en lo que respecta a la transferencia del riesgo operacional en una concesión. Esto es particularmente relevante en el ámbito local, donde se debe complementar con la legislación complementaria aplicable.

Para abordar esta complejidad, es esencial referirse a la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el efecto directo de las Directivas mencionadas. Si se concluye que no hay transferencia de riesgo operacional, se aplicarán las disposiciones establecidas para el contrato de servicios en la Directiva 2014/24/UE, especialmente si el servicio se presta mediante gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta.

A continuación, se resume de manera esquemática el proceso a seguir para los procedimientos anteriores al 9 de marzo de 2018 pero posteriores al 18 de abril de 2016: (i) Determinar si se produce la transferencia del riesgo operacional al contratista; (ii) Si se confirma la transferencia del riesgo, la prestación del servicio será considerada una concesión; y



(iii) Si no se confirma la transferencia del riesgo, se aplicarán las disposiciones para el contrato de servicios según la Directiva 2014/24/UE.

4. Nuevos tipos contractuales

La Ley de Contratos del Sector Público de 2017 introduce cambios significativos en la clasificación y regulación de los contratos relacionados con la gestión de servicios públicos.

Ahora, la LCSP regula las concesiones de servicios como una nueva categoría, diferenciada de las concesiones de obra pública. El cambio también amplía los sujetos que pueden celebrar concesiones de servicios, refiriéndose ahora a “poderes adjudicadores”, un término más amplio que el utilizado anteriormente, que se limitaba a las Administraciones Públicas y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Anteriormente, bajo el régimen del TRLCSP, el contrato de gestión de servicios públicos se caracterizaba por implicar la gestión de un servicio público por parte de un empresario privado, pero sin necesariamente asumir el riesgo operacional asociado a dicha gestión.

Con la entrada en vigor de la LCSP, se ha redefinido esta modalidad contractual. Ahora, el contrato de concesión de servicios se distingue por la transferencia al concesionario del riesgo operacional del servicio. Esto significa que el concesionario no solo gestiona el servicio, sino que también asume los riesgos económicos asociados a su operación y funcionamiento.

El contrato de concesión de servicios implica la gestión de un servicio público por parte del concesionario en el que este asume el riesgo económico de la operación del servicio, produciéndose la transferencia del riesgo operacional. Se dispone que la contraprestación para el concesionario en este tipo de contrato puede incluir el derecho a explotar el servicio, acompañado de un pago económico. Este contrato está regulado específicamente en los arts. 15, 284 y 285 LCSP.

Es importante destacar que el art. 285 LCSP se refiere a los contratos de concesión de servicios “cualificados”, limitados a los casos en que la concesión recae sobre un servicio público. En estos casos, se aplican las disposiciones específicas mencionadas en el art. 285, así como el art. 287.2º que asegura que la Administración conserva los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios públicos gestionados mediante concesión.

Por otro lado, aparece el contrato de prestación de servicios públicos que conlleva prestaciones directas a favor de los ciudadanos. En este caso, un operador privado realiza la prestación de un servicio, público o no, en nombre de la Administración, pero sin asumir el riesgo operacional del servicio. Así, la Administración paga un precio al contratista por la prestación del servicio, sin transferirle el riesgo económico asociado a la operación. Dentro de la LCSP está regulado en arts. 17 y 312.



Con esta nueva estructura contractual bajo la LCSP el legislador buscaba clarificar las responsabilidades y los modelos económicos involucrados en la gestión de servicios públicos, adaptándose a las directrices europeas y proporcionando un marco legal más eficiente para la contratación pública en España.

5. El aspecto clave del riesgo operacional en los contratos de concesión de servicios públicos

La incorporación del criterio de riesgo operacional de la Directiva 2014/23 (Considerando nº18 y art. 5.1.b párrafo segundo) en el texto de la LCSP ha sido plena. El art. 15.2º LCSP establece que el derecho de explotación de los servicios mediante concesión implica la transferencia del riesgo operacional al concesionario, conforme a lo indicado en el art. 14.4º de la misma ley.

El riesgo operacional se ha convertido en el pilar fundamental del nuevo modelo concesional, promoviendo una redefinición jurídica del contrato de concesión de servicios como un “contrato de riesgo”. De esta manera, la principal diferencia ahora en nuestra legislación entre los tipos contractuales radica en el factor económico y el riesgo operacional asumido por el contratista que comporta la ejecución del contrato. Pero en nuestro ordenamiento jurídico, el término “*riesgo operacional*” carece de una definición precisa, por lo que resulta necesario establecer su significado.

La Directiva 2014/23/UE define el riesgo operacional como aquel que surge “*de factores que escapan al control de las partes*”. Según la normativa comunitaria no basta con que toda prestación contractual conlleve un riesgo mínimo inherente, como establecido tradicionalmente en la cláusula de riesgo y ventura.

Anteriormente, el art. 277.a) del derogado TRLCP vinculaba el riesgo y ventura a la gestión del servicio en contratos de gestión de servicios públicos.

Sin embargo, en el contexto actual, se requiere un criterio más robusto que este para que un contrato sea considerado formalmente una concesión de servicios. Ahora, este tipo de riesgo implica una exposición a las incertidumbres del mercado, particularmente debido al riesgo de demanda o de suministro.

A diferencia del concepto de “*riesgo y ventura*”, inherente a la ejecución de todos los contratos administrativos con las excepciones establecidas por la ley (arts. 197 LCSP y 215 TRLCSP), existen diversos riesgos asociados a la ejecución de cualquier contrato, como la mayor o menor onerosidad sobrevenida, la mala gestión, incumplimientos, riesgos de impago, y situaciones de fuerza mayor, entre otros.

En particular, el riesgo operacional implica el riesgo de demanda, de suministro o ambos (art. 15.2º en relación con el art. 14.4º, párr. 1º, LCSP). Según la ley, el riesgo de demanda se refiere a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato, mientras que el riesgo de suministro se relaciona con la provisión de dichas obras o servicios, incluyendo el riesgo



de que la prestación no se ajuste a la demanda (art. 14.4º LCSP). El contratista no tiene garantizada la recuperación de sus inversiones ni la cobertura de los costos en los que pueda incurrir durante la prestación del servicio (art. 14.4º, párr. 2º, LCSP).

Es esencial destacar que el principio de riesgo y ventura implica un elemento de aleatoriedad, donde la frustración de las expectativas económicas del contratista al consentir el contrato no le exime de cumplir lo pactado ni le autoriza a apartarse del vínculo contractual o a reclamar modificaciones (art. 197 LCSP). Sin embargo, el riesgo operacional se distingue por exponer al concesionario a la incertidumbre del mercado, donde las pérdidas potenciales derivadas de la explotación del servicio pueden no ser insignificantes.

También resulta importante considerar que existe la posibilidad de determinar el precio del contrato como un porcentaje del rendimiento obtenido por la Administración contratante como resultado de la ejecución del mismo. Esta metodología de fijación del precio puede ser aplicada sin implicar automáticamente la transferencia del riesgo operacional al contratista.

En otros términos, este enfoque implica que la remuneración del contratista está vinculada al desempeño o a los resultados alcanzados por la Administración. Sin embargo, la transferencia del riesgo operacional, que implica la exposición a las incertidumbres del mercado y la responsabilidad por la gestión eficiente del servicio, no necesariamente se transfiere al contratista en este escenario.

El Consejo de Estado y otros órganos consultivos han abordado el concepto de precio cierto en contratos administrativos, destacando que este concepto no implica necesariamente un precio fijo. Según el Dictamen de 4 de marzo de 1993 del Consejo de Estado, la certeza del precio se refiere a la garantía de que habrá una compensación económica por la prestación del servicio, aunque dicha compensación pueda ser variable según ciertas contingencias.

Por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 59/11 de 1 de marzo de 2012, trató la posibilidad de fijar el precio de contratos basados en mejoras de eficiencia energética mediante un porcentaje sobre los ahorros generados. Este enfoque permite un sistema de determinación del precio variable pero determinable, considerado como cierto, siempre que se puedan establecer claramente los parámetros que determinan la compensación económica.

Además, se ha generalizado la aplicación de sistemas de precios variables a contratos de servicios, donde la retribución del operador económico puede estar ligada al uso del servicio, pero con mecanismos de compensación que garantizan un nivel de beneficios o previenen pérdidas.

En estos casos, no se considera una concesión en el sentido estricto, según lo determinado por la STJ 10 de noviembre de 2011, asunto C-348/10: *Norma-A, Dekom Sía*. Este caso específico se trataba la adjudicación del servicio de transporte público por autobús urbano, donde la entidad adjudicadora debía compensar al prestador del servicio por las pérdidas y gastos derivados de la explotación, después de deducir los ingresos obtenidos.



En esta sentencia se establece de forma clara la distinción entre el riesgo de explotación, entendido como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, de los riesgos que son inherentes a cualquier contrato público, vinculados a la mala gestión o errores en la apreciación del operador económico a la hora de presentar su oferta.

“El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el *riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio*. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios”.

Es crucial destacar que el riesgo operacional no siempre corresponde directamente a quién paga por el servicio prestado. En algunos casos, la Administración puede financiar la obra o el servicio (como en el caso del peaje en la sombra), mientras que el contratista asume el riesgo operacional. En otros casos, un servicio financiado por los ciudadanos puede representar una carga para los presupuestos públicos si la Administración excluye el riesgo operacional al garantizar ingresos mínimos al contratista. Sin embargo, por lo general, se espera que sea el contratista quien asuma las consecuencias económicas de la explotación del contrato, lo cual también promueve una gestión más eficiente por su parte.

No obstante, por razones de interés general, la Administración podría garantizar ingresos mínimos al contratista para cubrir sus costos y permitir la recuperación de sus inversiones.

Por lo tanto, aunque el precio del contrato pueda estar determinado en función del rendimiento obtenido por la Administración, es posible que esta retenga el riesgo operacional asociado con la operación del servicio. Un ejemplo es el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, donde un contrato para la gestión de un aparcamiento fue calificado como concesión de servicios públicos.

El Tribunal determinó que la remuneración del proveedor de servicios no provenía de la autoridad pública, sino de los pagos realizados por terceros por el uso del aparcamiento. Esta forma de remuneración implicaba que el proveedor asumía el riesgo operacional, característico de las concesiones de servicios públicos. Así, El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha repetido el reconocimiento de concesiones de servicios donde la remuneración del operador proviene de los pagos efectuados por los usuarios, en casos de servicios de transporte público (STJ 6 de abril de 2006, *ANAV*) y redes de teledistribución (STJ 13 de noviembre de 2005, *Coditel Brabant*).

Sin embargo, este aspecto es importante pero no determinante. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia del 10 de septiembre de 2009 en el caso *Eurwasser*, reconoce que pueden existir concesiones donde la Administración pague toda la remuneración al concesionario (mediante un sistema de *shadow tax*), siempre y cuando el riesgo esté ligado a la operación de la empresa y no a la forma en que la Administración abona las tarifas directamente.



En este ámbito, es crucial asegurar la ejecución adecuada del servicio, evitando cualquier incumplimiento contractual. Para ello, se implementan diversas garantías desde la fase inicial del proceso (como la selección rigurosa del contratista, la exclusión de ofertas temerarias o desproporcionadas, y la exigencia de fianzas). Este equilibrio entre el riesgo asumido por el contratista y la protección brindada por la Administración es fundamental. Esto también explica la doctrina de la imprevisión o riesgo imprevisible, si aún es aplicable, la cual presupone que el contratista actúa como colaborador de la Administración en la prestación de una actividad de interés general.

La exposición del contratista al mercado debe ser gestionada de manera que no comprometa la ejecución efectiva del contrato, preservando así la prestación continua de una actividad esencial. En este contexto, el riesgo operacional debe ser considerado como un incentivo para la eficiencia empresarial, permitiendo al empresario obtener mayores ganancias si gestiona eficientemente, o menores si no lo hace, pero siempre sin poner en riesgo la integridad del contrato.

La ley establece diversas medidas para asegurar que el contratista no asuma riesgos excesivos, lo cual sería perjudicial tanto para él como para el interés general:

- i) Se requiere que la tramitación del expediente incluya la aprobación de un estudio de viabilidad económico-financiera, el cual es vinculante si es negativo (art. 285.2º LCSP). Este estudio también evalúa la compatibilidad de las ayudas que puedan ser necesarias para la prestación del servicio.
- ii) Los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden fijar las tarifas que deben pagar los usuarios, así como los procedimientos para su revisión. Además, se establece un canon o participación que debe ser pagado a la Administración (arts. 285.1º.b) y 289.2º LCSP). La fijación de tarifas por parte de la Administración debe cubrir los costes de prestación del servicio e incluir un beneficio industrial razonable. En caso contrario, las tarifas deficitarias deben ser compensadas económicamente por la Administración.
- iii) Se reconoce el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Si la Administración modifica las características del servicio contratado o las tarifas, o si ocurren causas de fuerza mayor que afecten sustancialmente a la economía del contrato, se deben adoptar medidas para restablecer dicho equilibrio (art. 290 LCSP).
- iv) Se reconoce el derecho del contratista a desistir del contrato si se vuelve extraordinariamente oneroso para él, debido a la aprobación de disposiciones generales por la Administración después de la formalización del contrato, o a la obligación de incorporar avances técnicos que mejoren significativamente las obras o su explotación, siempre que estos avances no estuvieran disponibles en el mercado al momento de formalizar el contrato (art. 290.6º LCSP). La resolución del contrato por desistimiento no genera derecho a indemnización para ninguna de las partes.



Estas disposiciones buscan asegurar que los contratistas concesionarios operen bajo condiciones que les permitan cumplir adecuadamente con los servicios públicos esenciales, evitando riesgos excesivos que comprometan la calidad y continuidad de la prestación del servicio.

III. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ARBITRAJE: SITUACIÓN EN ESPAÑA

COMO se ha visto, la normativa europea y la transposición en España han intentado aumentar la eficiencia de las modalidades contractuales y de los procedimientos de licitación. La evolución lógica sería recurrir al menos en las controversias derivadas de la ejecución a mecanismos alternativos de resolución de los conflictos y particularmente al arbitraje. Este mecanismo alternativo de resolución de disputas está permitido, con ciertas limitaciones, por el ordenamiento vigente.

A estos efectos conviene hacer una distinción entre la legislación estatal, la autonómica y la local.

1. Legislación estatal

La LCSP sólo menciona el arbitraje como segunda opción para la contratación en el extranjero en la Disposición Adicional Primera. Esta previsión ha tenido cierta aplicación con los contratos con empresas extranjeras derivadas del Covid pero normalmente no eran contratos de concesiones de servicios públicos.

El art. 11.3º LCSP indica que los “*servicios de arbitraje y conciliación*” que “*quedan excluidos de la presente Ley*”. Por consiguiente, los mecanismos de resolución alternativa de conflictos consistentes en arbitraje y conciliación quedan sometidos en cuanto a su regulación al Derecho privado. En particular, el arbitraje queda sometido a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Sin embargo, en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, se considera el arbitraje como un modo ordinario de resolución de conflictos relativos a “*los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos*” (art. 123).

Por tanto, en ámbitos tales como el agua, electricidad, transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales y prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, en que se aplique esta normativa en función de que la entidad contratante goce de derechos especiales o exclusivos, el arbitraje es un mecanismo ordinario de resolución de los conflictos que puedan surgir en la ejecución de los contratos.



En la Ley General Presupuestaria (Ley 11/1977, de 4 de enero), se permite someter a arbitraje los derechos de la Hacienda Pública pero con considerables limitaciones. Así, el art. 39 indica:

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

No obstante, el necesario Decreto del Consejo de Ministros tras previa audiencia del Consejo de Estado en pleno ha hecho muy limitada la aplicación de esta posibilidad.

La Ley de Contratos 30/2007 y la Ley 34/2010 permitían a los

“entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas” someter a arbitraje “la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos”.

Esta norma se mantuvo en el art. 50 del TRLCSP 3/2011. Sin embargo esta previsión desaparece con la vigente LCSP que guarda silencio sobre la materia debiéndose interpretar este silencio como que no existe prohibición específica aunque tampoco previsión que lo autorice. Debe considerarse que lo que no está prohibido está permitido.

En la medida en que los contratos se sujeten al Derecho privado a efectos de su interpretación y ejecución parece que debe regir los principios de libertad contractual propios del Derecho privado. De este modo podrían someterse estos contratos a arbitraje.

Para ello hay que diferenciar entre los “*entes, organismos y entidades del sector público*” que tienen y los que no tienen el carácter de Administraciones Públicas. Como señala la LCSP (art. 3.2)

“Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior (administraciones territoriales y las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.)
- b) Los Organismos autónomos.
- c) Las Universidades Públicas.
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y
- e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:
 - 1.^a que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
 - 2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.”



Con relación a las Administraciones Públicas estatales no sería posible el arbitraje salvo con sometimiento a las mencionadas reglas de la Ley General Presupuestaria pero sí lo sería con relación al resto de entes del sector público.

La situación, en todo caso no deja de ser sorprendente. Puede parecer, en un primer momento, que la eliminación de la previsión sobre arbitraje de la LCSP es una respuesta a directivas europeas, específicamente las Directivas 2014/23 y 2014/24 del Parlamento y del Consejo, que regulan la adjudicación de contratos de concesión y la contratación pública, respectivamente.

Sin embargo, ninguna de estas directivas aborda directamente el tema del arbitraje, lo que sugiere que la eliminación de la referencia al arbitraje no obedece a un mandato europeo. De hecho, como posteriormente se verá, el arbitraje está muy extendido en contratos de entes públicos en algunas jurisdicciones europeas.

La falta de una explicación clara en la Exposición de Motivos de la LCSP complica la comprensión de las razones detrás de la decisión del legislador de suprimir la referencia al arbitraje. *A priori*, podría interpretarse que el legislador busca desterrar el arbitraje de la contratación pública y consolidar la jurisdicción como el único método para resolver conflictos contractuales. No obstante, si esta hubiera sido la intención, se habría esperado una prohibición expresa del arbitraje, cosa que no ha ocurrido. Y, lo que no está prohibido, está admitido en contratos sujetos al Derecho privado por aplicación del art. 1255 del Código Civil. Así, aunque se ha eliminado la referencia al arbitraje, no se ha prohibido su uso, lo que en esencia mantiene la situación sustancialmente igual a la existente bajo el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

La nueva LCSP no ha añadido ni eliminado nada significativo respecto a la realidad ya existente, sino que supuestamente ha buscado una mayor claridad legislativa. Al eliminar la referencia al arbitraje en cuestiones contractuales, y no prohibir expresamente su uso, el legislador ha evitado redundancias y posibles confusiones sobre la arbitrabilidad de las pretensiones fundadas en Derecho administrativo. De esta manera, los contratos privados del sector público en las fases del procedimiento de contratación que estén sometidas al Derecho privado se deben presumir arbitrables, salvo disposición expresa en contrario. La nueva ley consolida esta presunción y despeja las dudas sobre la arbitrabilidad de las controversias sometidas a Derecho público en el ámbito de la contratación pública, arbitrabilidad que se entiende que no queda autorizada.

2. Legislación autonómica

Quizá las mayores novedades en la materia se estén produciendo a impulsos de la legislación aragonesa.

En gran medida ello se debe a los concienzudos análisis del profesor Gimeno Feliú. En su obra "La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones" Gimeno Feliu señala: "en la nueva LCSP



de 2017 desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública optar por esta posibilidad (aplicando, claro, las previsiones de la Ley vigente de Arbitraje). La LCSP pretende ser “neutra” frente a la opción de utilización del arbitraje en la ejecución de los contratos públicos, de tal forma que corresponde al órgano de contratación decidir sobre su conveniencia. Lo que es evidente es que el arbitraje en contratos públicos en otros países no es nada excepcional y que en contratos complejos suele ser una muy buena opción” (Gimeno Feliu, 2029).

En Aragón el art. 22 Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Contratos del Sector Público de Aragón, previene que los “*distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley*” pueden someter a arbitraje “*la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren*”.

Obsérvese que se habla de los poderes adjudicadores en general lo que comprendería a las Administraciones Públicas territoriales sujetas al ámbito de esa ley de Aragón.

En similar sentido se pronuncia el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero de la Comunidad Autónoma de Andalucía cuyo art. 33, se permite expresamente el arbitraje “*sobre los efectos, cumplimiento, cuestiones relativas al reequilibrio económico del contrato y extinción de los contratos sobre materias de libre disposición conforme a derecho, de expedientes que se financien con cargo a los fondos europeos*”. En este caso, además, hay una previsión específica que incluye requisitos similares a la Ley General Presupuestaria. A estos efectos se añade: “*sin que sea necesario Decreto acordado en Consejo de Gobierno, atendiendo a lo previsto en el art. 21.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía*”.

3. Administraciones locales

A este respecto hay que señalar dos extremos. De un lado, la legislación local vigente no contiene referencias al arbitraje. Ello implica la necesidad de acudir a la normativa general que se puede entender que otorga a las entidades locales la capacidad para acordar el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan derivar de la ejecución de un contrato.

Ello sería la interpretación lógica del art. 5 de la Ley 7/1985 de 2 abril de Bases de Régimen Local en cuanto atribuye a las entidades locales “*plena capacidad jurídica para [...] celebrar contratos*” y “*obligarse*”. Como consecuencia, la aplicación de los principios generales de contratación y del art. 1255 del Código Civil podrían determinar que pudieran pactar el sometimiento a arbitraje de las controversias derivadas de la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos.

De otro lado, la legislación autonómica puede autorizar a las entidades locales, como hemos visto que puede interpretarse en el caso de Aragón, el sometimiento a arbitraje de las controversias que pudieran surgir en la ejecución de sus contratos de concesión de servicios públicos.



IV. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ARBITRAJE: REFERENCIA A OTROS PAÍSES EUROPEOS

1. Arbitrabilidad de la preparación y adjudicación del contrato

COMO se ha visto, en España las cuestiones referentes a la preparación y adjudicación de todo contrato del Sector Público se considera administrativa y sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa aunque el contenido del contrato esté sujeto al Derecho privado.

No sucede así en todos los países europeos. Las Directivas de la UE no señalan nada al respecto por lo que queda al mejor criterio legislativo del legislador de cada país.

Así, la clara distinción entre las dos fases de los procedimientos de contratación pública (la primera hasta la adjudicación y la posterior la de interpretación y ejecución) ha dado lugar a regulaciones especiales en lo que respecta a la competencia para resolver conflictos incluso respecto de la adjudicación. Por ejemplo, en el caso de Hungría, de conformidad con el art. 145 de la Ley n.º CXLIII de 2015, el incumplimiento de las normas sobre la adjudicación de contratos públicos puede impugnarse ante un organismo estatal especial, llamado Junta de Arbitraje de Contratación Pública, mientras que las controversias sobre la ejecución de contratos públicos son competencia exclusiva de los tribunales civiles ordinarios.

Un caso particular es aquel en el que se acepta un procedimiento similar al arbitraje, aunque no se lleve a cabo ante los Tribunales Arbitrales tradicionales. Así, la Ley de Contratación Pública, adoptada en Polonia en 2019, ofrece a las partes de un contrato público la posibilidad de optar contractualmente por la resolución de litigios ante el Tribunal de Arbitraje del Consejo General de la República de Polonia. Cabe destacar que este tribunal tiene jurisdicción única para resolver este tipo de controversias, aparte de las del Poder Judicial.

Nada debería pues obstar a la posibilidad de que las controversias que hoy necesariamente se someten a la jurisdicción contencioso administrativa en España pudieran someterse a arbitraje en lo referente a la propia preparación y adjudicación del contrato siempre respetando las cuestiones de orden público como las referentes al Derecho de la Competencia. Debe de tenerse en cuenta que el contrato de concesión de servicios públicos se hace precisamente para satisfacer una necesidad pública que muchas veces no admite demora. La resolución de las controversias correspondientes a esa adjudicación puede ser más rápida y, por tanto, eficaz en los tribunales arbitrales.

2. Arbitrabilidad respecto de la ejecución del contrato

A este respecto, hay diferentes sistemas. Una vez más, la legislación europea no impone criterio alguno al respecto.



Un primer sistema incluye a Estados en los que no se pueden identificar disposiciones expresas sobre la arbitrabilidad de la contratación pública. Ello no implica su prohibición sino, antes al contrario, su plena aceptación.

Este es el caso, por ejemplo, de Eslovenia, donde la legislación nacional de transposición de las directivas europeas sobre contratación pública no se refiere explícitamente a cómo se resuelven las controversias, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula el arbitraje, no excluye explícitamente su uso en el caso de litigios en materia de contratación pública.

Una situación similar se puede encontrar en otros países, como Bulgaria, República Checa o Eslovaquia. En estos casos, la doctrina aplicaba el principio de división de las relaciones jurídicas en materia de contratación pública en la parte de derecho público, relativa a los procedimientos administrativos, y la parte de Derecho privado, relativa a la ejecución del contrato. En consecuencia, las controversias relativas a la ejecución del contrato pueden llegar a ser arbitrables sin que exista obstáculo alguno en las referidas legislaciones nacionales.

La segunda categoría incluye a los Estados europeos en los que el arbitraje está expresamente concebido como medio para resolver disputas en materia de contratación pública. Un ejemplo en este sentido es Rumanía, en la que la Ley n.º 101 de 2016, destinada a la organización del Consejo Nacional de Resolución de Recursos en el ámbito de la contratación pública, establece expresamente en su art. 57 que *“las partes podrán acordar que las controversias relativas a la interpretación, celebración, ejecución, modificación y resolución de los contratos se resuelvan mediante arbitraje”*.

Finalmente, existiría una tercera categoría, a la que podría entenderse que corresponde el Derecho español que, como hemos visto sólo permite arbitrar algunas disputas correspondientes a determinados tipos de contratos y suscritos por determinadas entidades públicas.

V. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ARBITRAJE: REFERENCIA A LA EXPERIENCIA PERUANA

EN Perú, el art. 63.3º de la Constitución Política del Estado dice lo siguiente:

“La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. *El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.*”



Por lo tanto, estamos ante un régimen en el que la posibilidad de someter las controversias de Derecho Público a arbitraje está avalada por la propia constitución del Estado.

Esta previsión constitucional es desarrollada por la Ley de Contrataciones del Estado (D. Leg. N° 1017). Esta Ley ordena que, en todo contrato de obra, de consultoría o de bienes y servicios se debe incluir una cláusula que establezca que toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato se resuelva mediante conciliación o arbitraje. Es decir, no sólo hay una previsión constitucional que avala la posibilidad de arbitraje en controversias de Derecho público, sino que la Ley de Contrataciones del Estado impone el sometimiento a arbitraje.

De hecho, el art. 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que se incorporará de pleno derecho una cláusula arbitral modelo. Según este Reglamento, el arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres árbitros. A falta de acuerdo, la controversia será resuelta por árbitro único.

Asimismo, para garantizar la efectividad del arbitraje, se establece que los jueces y autoridades administrativas se abstendrán, aunque haya petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos.

La experiencia ha resultado satisfactoria en Perú de tal modo que ni el estado ni los partícipes en el mercado cuestionan la competencia de los tribunales arbitrales. Asimismo, el carácter positivo y eficaz del arbitraje en este ámbito se ha demostrado por la celeridad en la resolución de asuntos siendo la media de emisión del laudo de menos de un año cuando, de acudir a los tribunales judiciales podrían tardar en dirimirse estas controversias entre 3 y 5 años.

VI. CONCLUSIONES

LA naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos debiera de ser considerada a efectos de determinar la posibilidad de someter a arbitraje controversias. Estos contratos tienen por objeto final la prestación de un servicio público por lo que las controversias que puedan surgir en su propia preparación y adjudicación deberían poder ser sometidas a un mecanismo de resolución arbitral con aplicación de Derecho Público y respeto al *ius cogens*. Normalmente, este mecanismo arbitral, será más rápido y efectivo que los procedimientos administrativos y judiciales.

Si así se ha hecho en algunos países de nuestro entorno europeo, podría perfectamente trasladarse ese régimen a España. Todo ello con las salvedades propias de la aplicación necesaria de la normativa imperativa.



La resolución de las controversias derivadas de la ejecución de los contratos de concesión de servicios públicos también requiere de una celeridad que puede ser incompatible con el proceso judicial. De hecho, en ocasiones se observa que la contienda judicial continúa incluso después de vencida la concesión lo que hace que difícilmente el proceso judicial pueda dar respuesta rápida a situaciones que pueden estar afectando negativamente a la propia prestación del servicio público.

La legislación española en la materia debe de interpretarse de la manera más amplia posible. Las controversias derivadas de la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos permiten una amplia posibilidad para entes públicos de someter las controversias a arbitraje en la medida en que el contrato esté sujeto al Derecho privado por aplicación de los propios principios generales del Derecho. En cuanto a la legislación autonómica y local, las comunidades autónomas en su normativa de Hacienda Pública podrían no hacer precisos los requisitos similares a los contenidos en la Ley General Presupuestaria permitiendo con ello un mayor ámbito de actuación para el arbitraje.

Se han dado algunos pasos efectivos para dejar clara la posibilidad de sometimiento a arbitraje de controversias derivadas de la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos en el Real Decreto Ley 3/2020 pero conviene profundizar más en esa línea. Las experiencias positivas de otros países deben de ser consideradas a efectos de ir eliminando las dudas y reticencias que puede haber a efectos del sometimiento a arbitraje de los contratos de concesión de servicios públicos debiendo tenerse siempre presente que la legislación europea autoriza el arbitraje en estos contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS PANIZO, C., "El arbitraje en la contratación pública." *Revista Española de Derecho administrativo*, nº 200, 2019, pp. 191-218.
- BARDAVÍO DOMÍNGUEZ, P., "¿Cabe el arbitraje en los contratos administrativos? Comentario sobre el Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón." *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, (13), 2021, 371-387.
- CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J.C., "Los contratos de servicios en la Ley de Contratos del Sector Público." *Revista de Estudios Locales*, (205), 2021, pp. 318-334.
- FORTES MARTÍN, A. (2019). "El (nuevo) contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía ¿consolidación o disrupción del contrato de servicio público?" *Revista General de Derecho administrativo*, (52). Iustel.
- FUERTES LÓPEZ, M. (2013). "Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)." En J. M. Gimeno Feliú (ed.), *Observatorio de contratos públicos 2012* (pp. 197-239). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- GARCÍA ROSA, M. (2018). "El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización." *Auditoría Pública*, (71), 91-100.



- GIMENO FELIÚ, J. M. (2017). "La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades." *Documentación Administrativa: Nueva Época*, (4), 7-30.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (marzo 2018). "El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de contratos del sector público." *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (74), 4-13.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (2019). "La Ley de Contratos del Sector Público: Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones." *Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi*.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (abril 2016). "La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (60), 50-57.
- HUERGO LORA, A. (2017). "El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos." *Documentación Administrativa: Nueva Época*, (4), 31-51.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2017). "Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos." *Revista de Administración Pública*, (204), 41-68.
- LAZO VITORIA, X. (2014, enero 27). "La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos." *Observatorio de Contratación Pública*.
- MONTOYA MARTÍN, E. (s.f.). "Contrato de servicios versus contrato de concesión de servicios públicos en el ámbito comunitario." En *Claves del Gobierno Local* (Serie 9, pp. 111-128). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A. (junio 2012). "La distinción entre contratos de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno." *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3), pp. 171-190.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., (enero-abril 2015). "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España." *Revista de Administración Pública*, (196), pp. 97-135.
- VILLALBA PÉREZ, F. (2014). "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2, 2014, pp. 1-20.

LEGISLACIÓN Y DICTÁMENES

Memoria del año 1993 del Consejo de Estado en Pleno. Madrid, España.

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L94, 1-64.

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L94, 65-242.

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. *Boletín Oficial del Estado*, 272, de 09 de noviembre de 2017. Entrada en vigor el 09 de marzo de 2018.



Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [Disposición derogada]. *Boletín Oficial del Estado*, 276, de 16 de noviembre de 2011. Entrada en vigor el 16 de diciembre de 2011.

Resolución de 16 de marzo de 2016, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública. *Boletín Oficial del Estado*, número 66, de 17 de marzo de 2016.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2005). *Asunto C-458/03, Parking Brixen*. EU:C:2005:605.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2006). *Asunto C-410/04, ANAV*. EU:C:2006:237.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2008). *Asunto C-324/07, Coditel Brabant*. EU:C:2008:621.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2009). *Asunto C-206/08, Eurawasser*. EU:C:2009:540.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2011). *Asunto C-348/10, Norma-A and Dekom*. EU:C:2011:721.



El arbitraje en el contrato de suministro

I. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

EL art. 16 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) define de forma descriptiva el contrato de suministro:

- “1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del ap. 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.
3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:
 - a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.
 - b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.
 - c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.
 - d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.”

Por su parte, el art. 21 se refiere a los contratos de suministro sujetos a una regulación armonizada:

- “1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:
 - a) 143.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.



- b) No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por órganos de contratación que pertenezcan al sector de la defensa, este umbral solo se aplicará respecto de los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el anexo II.
 - c) 221.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior.
2. En el supuesto previsto en el art. 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.”

II. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE SUMINISTRO CELEBRADOS POR EL SECTOR PÚBLICO

COMO es bien sabido los contratos del sector público pueden estar sometidos al régimen jurídico del Derecho administrativo o del Derecho privado dependiendo de quién sea el órgano de contratación, cuál sea su contenido y cómo sea la naturaleza de la contraprestación que se persigue. Ponemos de manifiesto esta obviedad por que, a juicio de quien suscribe, la naturaleza del contrato de suministro definida por su objeto y por el tráfico jurídico de los bienes que genera, hace que la diferencia en las cláusulas de contratación (incluidos los procedimientos de adjudicación) entre los contratos públicos y los contratos privados de suministro sean menores que en otras figuras contractuales utilizadas por el sector público.

Eso mismo ocurre a la hora de definir como contrato administrativo de suministro, determinadas adquisiciones realizadas por las Administraciones Públicas, precisamente por la naturaleza de los bienes que se adquieren o por la función que realizan al dar cobertura a necesidades públicas o a intereses generales por los que debe velar la Administración, lo que determina una especialidad en la compraventa o arrendamiento de los mismos.

Así conforme al art. 25 LCSP son contratos administrativos, siempre que se celebren por una Administración Pública:

- Los contratos de suministros siempre que no tengan por objeto la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (art. 25.1. a) 2º de LCSP).
- Los contratos así declarados expresamente por una Ley.
- Y aquellos otros que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla (art. 25.1º. b) LCSP).



Por contra son contratos privados, según el art. 26.1º LCSP:

- Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto a los referidos en las letras a) y b) del art. 25 (parcialmente transcritos en el párrafo anterior por lo que se refiere al contrato de suministro).
- Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas y.
- Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

III. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE SUMINISTRO CELEBRADOS POR EL SECTOR PÚBLICO

EL Contrato de suministro, está regulado de forma específica en el Capítulo IV del Título II de la LCSP. De su tratamiento jurídico en cuanto a su contenido, y con las peculiaridades de los contratos de arrendamiento y de los contratos de fabricación regulados en los arts. 298 y 299 del texto legal, se observa la “flexibilidad” que contempla la ley en cuanto al tiempo y el lugar de ejecución del contrato.

Otro ejemplo de este tratamiento más laxo que a los demás contratos públicos y en atención a su naturaleza, es que el contrato de suministro, puede pagarse, parte en dinero y parte en entrega de otros bienes de la misma clase, sin que, en ningún caso, el importe de estos pueda superar el 50% del total (art. 302 LCSP).

Asímismo, el tiempo de entrega de los bienes objeto del suministro y el lugar de la misma, se fijan en el contrato con la virtualidad, de que el lugar de entrega puede ser fácilmente fuera del territorio nacional. Además, se establece la obligación de custodia de la Administración cuando entre la entrega efectiva y la recepción de los bienes medie un tiempo.

Lo mismo cabe decir de la regulación de los Acuerdos Marco y su modificación regulados en los arts. 219 a 222 LCSP y de los Sistemas dinámicos de adquisición (arts. 222 a 226 LCSP). Es fácil comprobar como la regulación contemplada para dichos sistemas es especialmente aplicable para los contratos de suministro.

Todas estas peculiaridades, hacen especialmente propicio el Arbitraje para dirimir cuestiones de interpretación, ejecución o extinción del contrato de suministro a lo largo de toda su existencia. La regulación por la LCSP del contrato de suministro está inspirada en garantizar la mayor agilidad del suministro preciso para las Administraciones Públicas y para conseguir un tráfico fluido de los bienes que necesitan los poderes públicos en todo tipo de circunstancias, algunas fundamentales para garantizar los servicios públicos y el interés general. En este sentido, aún teniendo carácter público, el contrato de suministro es un contrato donde la intervención de la Autoridad Judicial, ralentiza con consecuencias



evidentes que podrían ser de extrema gravedad, (piénsese por ejemplo en suministros sanitarios o alimentarios) el objetivo perseguido con la contratación, seguramente, más que en ningún otro modelo de contrato que puedan realizar las Administraciones Públicas.

Precisamente por esta naturaleza del objeto del contrato, la adquisición, el arrendamiento financiero o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles que necesite la Administración Pública, hace que sea especialmente apto para la contratación centralizada.

Esta forma de contratación nace en el seno del sector público español ante la evidencia de que aquéllos bienes que necesita la Administración y que ella no puede fabricar o crear, tienen un coste menos oneroso si se compran en partidas grandes a los proveedores y por un solo órgano que determine la cantidad a adquirir y establezca el precio de los bienes que se van a comprar o arrendar, en vez de ir a una adquisición órgano por órgano con poder adjudicador, que puede desvirtuar el precio de los bienes, las condiciones de su entrega y la garantía de abastecimiento con estándares semejantes de calidad. Por ello, el contrato de suministro es el que originariamente dio lugar al planteamiento de la contratación centralizada y la LCSP regula las Centrales de contratación centralizada en sus arts. 227 a 230.

Esta flexibilidad que de facto conlleva el contrato de suministro, adaptado, seguramente más que cualquier otro de los contratos sometidos al Derecho administrativo, a la realidad cambiante y dinámica del mercado, que muchas veces equipara su regulación a la de un contrato de suministro privado, permiten concluir de forma consecuente que el arbitraje es la institución perfecta para resolver las dudas acerca de su interpretación, ejecución así como su modificación y resolución sin tener que acudir a la vía judicial garantizando por otra parte, los principios de contradicción, igualdad de armas y garantía de los derechos de comprador y vendedor.

IV. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA LCSP. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA, AP. 3. DICTAMEN 1176/2023, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CONSEJO DE ESTADO

LA posibilidad de sumisión a arbitraje de los conflictos que surjan entre las partes de un contrato en relación con su interpretación o ejecución se encuentra recogida en la LCSP, en su Disposición Adicional Primera, ap. 3.

Al regular el régimen jurídico a aplicar en la celebración de contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, establece:

“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 existe una remisión genérica de la LCSP al arbitraje pero como dijo el Consejo de Estado en su Dictamen 1176/2023 de 23 de noviembre (sanidad), relativo a la resolución del contrato entre la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia y la empresa “China Meheco Co. Ltd” para el suministro de diverso material:

“En todo caso, la ausencia en la LCSP de cualquier otra mención al arbitraje (aparte de la contenida en la Disposición Final Primera, ap. 3) no puede en modo alguno interpretarse como una prohibición explícita de acudir a esta específica vía de resolución de los conflictos surgidos en relación con la interpretación o ejecución de los contratos.”

El dictamen citado se refiere a un contrato que se celebró en un contexto de excepcionalidad que justificaba acudir a la vía de la contratación de emergencia y que llegó incluso a determinar la sujeción de los contratos formalizados o ejecutados total o parcialmente en el extranjero “a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero” (art. 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19).

“Atendiendo a todo ello, nada cabe objetar a la inclusión en el contrato de suministro de referencia de una cláusula que expresamente prevé el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia surgida en relación con el contrato y no resuelta de manera amistosa. Tanto la Dirección General de Cartera Común de Servicios del SNS y Farmacia como la Abogacía del Estado en el Ministerio de Sanidad han reconocido la procedencia de aceptar las alegaciones de la contratista en este punto e incluso constan en el expediente determinados documentos de los que cabe inferir la voluntad de la Administración de 7 los trámites necesarios para someter el conflicto a la CIETAC (corte arbitral china).

La amplitud con la que el sometimiento al equivalente jurisdiccional que constituye el arbitraje se contempla en el contrato no permite excluir de su ámbito de actuación controversia alguna, ni siquiera una referida a la eventual disconformidad de los productos suministrados con las prescripciones técnicas aplicables, como es el presente caso”.

V. ARBITRAJE EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO Y CON EMPRESA EXTRANJERA Y POSIBILIDAD DE SU EXTENSIÓN AL CONTRATO DE SUMINISTRO CELEBRADO EN ESPAÑA O CON EMPRESA ESPAÑOLA

HEMOS querido reproducir esta parte del Dictamen del alto órgano consultivo porque de una manera clara y ante un supuesto concreto de contrato de suministro, considera que la sumisión al arbitraje que realiza la Administración española al formalizar el contrato en cuestión, es perfectamente posible ya que está prevista esta contingencia en la Disposición Adicional Primera, ap. 3 cuando el contrato se celebra en el extranjero y esta aceptación, lo es respecto a cualquier controversia que pueda surgir durante la ejecución del contrato.



Pero es más, el hecho de que el arbitraje esté regulado para los contratos celebrados o ejecutados por la Administración Pública española en el extranjero con empresas extranjeras y además el legislador lo considere recomendable, cuando no sea posible someterse a los tribunales españoles, antes que el sometimiento a los tribunales de otro país, es una muestra de lo aconsejable que, a los efectos de garantizar la igualdad de las partes y proteger sus derechos, además del interés general de España, es el arbitraje.

Si esto es así con los contratos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras ¿porqué no habría de serlo cuando las empresas son españolas o los contratos se celebran en España?.

Por eso, el Consejo de Estado, en el dictamen que analizamos añade:

“A este respecto, resulta reveladora la supresión, en la vigente ley, de la regla contenida en el art. 50 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a cuyo tenor “los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”. La eliminación de una previsión que de forma clara limitaba la posibilidad de acudir a este mecanismo de resolución a entes que no tuvieran naturaleza de Administración pública –que, a su vez, procedía en su literalidad de la contenida en el art. 320 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público– permite interpretar que, bajo la vigente LCSP, esta posibilidad no se encuentra vedada.”

Y así es, desde luego entendemos, que cuando estamos hablando de contratos de suministro realizados por el sector público que tengan la consideración de contratos privados, la libertad de contratación de las partes permite la inclusión de cláusulas de sometimiento al arbitraje para dirimir las disputas o conflictos que puedan surgir durante su ejecución o en su interpretación o extinción. En este caso, las entidades del sector público, sean o no Administración Pública, que tengan poder adjudicador, pueden, en los casos analizados, realizar contratos de suministro con la correspondiente cláusula arbitral.

Pero también es posible cuando nos encontramos ante un contrato de suministro de carácter administrativo realizado por las Administraciones Públicas. La regulación contenida de los contratos públicos en la LCSP respecto a su ámbito de aplicación y a las causas de resolución de los contratos nos ofrecen suficiente cobertura legal para entender que así ha de considerarse. A ello nos referimos a continuación.



**VI. CAUSAS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
PRINCIPIO DE LIBERTAD DE PACTOS. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN
DE LA LCSP, INTERPRETACIÓN A CONTRARIO EN CUANTO SE REFIERE
AL SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO
CELEBRADOS POR EL SECTOR PÚBLICO**

1. Causas de resolución

LA LCSP regula en su art. 211.1º las causas de resolución de los contratos y establece, después de enumerar unas causas tasadas y concretas:

“Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

- 1.º Que las mismas respeten los límites que el ap. 1 del art. 34 establece para la libertad de pactos.
- 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.”

Por su parte, el art. 34.1º LCSP dispone al regular el principio de libertad de pactos:

- “1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”

Es decir, se puede resolver un contrato administrativo cuando obligaciones esenciales contenidas en el, que cumplan los requisitos de estar enunciadas de forma precisa e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo y de no ser contrarias al interés general, al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración, hayan sido incumplidas.

Y esta posibilidad opera en dos direcciones:

- a) Por una parte, permite que dentro de los pliegos de cláusulas se pueda incluir la obligación de las partes de someterse al arbitraje en caso de dudas acerca de la interpretación, ejecución o extinción del contrato.
- b) Por otra parte, permite que en caso de no someterse al arbitraje cuando así se hubiera establecido en una cláusula arbitral, dicho incumplimiento opere como causa de resolución del contrato.

Si la cláusula arbitral con todos los requisitos señalados anteriormente puede operar como causa de resolución del contrato en caso de incumplirse, obviamente la Administración Pública puede someterse al arbitraje dentro del principio de libertad de pactos con las limitaciones establecidas en la LCSP.



2. Ámbito objetivo de aplicación

A la hora de establecer su ámbito objetivo de aplicación, la LCSP establece en su art. 11.3º, que “Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación quedan excluidos de la presente Ley.”

Si los contratos relativos a los servicios de arbitraje están excluidos del ámbito de aplicación de la LCSC es porque el sector público, y desde luego, las Administraciones Públicas, pueden someterse a arbitraje como modo de resolución de conflictos. Y ello es de aplicación tanto a los contratos de suministro privados como públicos realizados por las Administraciones Públicas ya que, es la regulación de los contratos de servicios de arbitraje a los que se puedan someter las partes en un contrato público lo que queda excluido del ámbito de aplicación de la ley no la posibilidad de someterse a el. Un contrato público de suministro puede contener una cláusula arbitral, en aplicación del principio de libertad de pactos y el desarrollo de esa cláusula arbitral se regirá por la normativa del arbitraje que le sea de aplicación.

VII. CONCLUSIÓN

EN definitiva, el arbitraje, es un medio de resolución extrajudicial de conflictos en la interpretación, ejecución y extinción de los contratos de suministro celebrados por el sector público, tanto de carácter administrativo como privado que, de una manera clara, permite dar celeridad al procedimiento, garantizar los derechos de las partes, concretar el principio de igualdad de armas y facilitar la labor de la Administración para cubrir las necesidades que le exige la defensa del interés general y la correcta prestación de los servicios públicos.



El arbitraje como cauce de resolución de conflictos en los contratos privados de la Administración y demás entes públicos

I. INTRODUCCIÓN

CUANDO hablamos de contratos privados de la Administración, hemos de poner primero en claro a qué nos estamos refiriendo. Por contrato privado, no sólo se alude, con la actual regulación contenida en la legislación de contratos públicos, a los contratos sometidos íntegramente a un régimen de Derecho privado, sino también a los celebrados por determinados sujetos comprendidos del sector público en general, cualquiera que sea su objeto, incluso cuando éste sea coincidente con el de los contratos administrativos clásicos de obras, servicios o suministros. Por otra parte, cuando aludimos a la Administración, en sentido amplio o extenso, no empleamos este término en un sentido preciso, sino como comprensivo de una multiplicidad heterogénea de sujetos, a unos de los cuales conviene la condición de Administración Pública, y a otros, en cambio, no, pudiendo revestir estos segundos, o no, el carácter de poder adjudicador.

Lo que queda claro en todo caso es que, por mor del régimen jurídico que les es aplicable, los contratos privados de la Administración se encuentran sujetos, con mayor o menor intensidad, dependiendo de la condición subjetiva del ente que los celebre, a las normas de Derecho privado. Y ello es decisivo porque, como veremos, para admitir el arbitraje en los contratos celebrados por la Administración y demás entes públicos, lo nuclear es que la materia contenciosa sobre la que verse el arbitraje entre dentro del ámbito del poder de libre disposición de las partes. De otro modo, el arbitraje no es posible.

Aun con todo, en los arbitrajes que puedan darse en las cuestiones controvertidas surgidas con ocasión del desenvolvimiento de los contratos privados de la Administración y demás entes públicos, aparecen siempre una serie de notas que los distinguen del resto de arbitrajes que puedan darse entre sujetos particulares, derivadas de las prerrogativas propias de la Administración, del sometimiento de ésta al principio de legalidad y de la persecución del interés general que ha de informar todas sus actuaciones. Todas estas características matizan los arbitrajes en los contratos privados de la Administración, que van a ser objeto de nuestro estudio.



II. CARÁCTER VOLUNTARIO Y NECESIDAD DE CONTROL JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PARA CONCILIAR EL ARBITRAJE CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

LA Administración y demás entes públicos, como un particular, pueden dilucidar los conflictos que surjan en las relaciones jurídicas que entable en el tráfico jurídico-económico, tanto acudiendo a la jurisdicción, como al arbitraje, con las matizaciones que veremos en el presente estudio.

La exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción en todo tipo de procesos corresponde constitucionalmente a los jueces y tribunales, quienes tienen encomendada la función de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (art. 117.3º CE).

Esta exclusividad de la potestad jurisdiccional en favor de los juzgados y tribunales presenta la excepción del arbitraje. Este medio de resolución de conflictos está basado en el principio de la libre determinación de la personalidad y en la autonomía de la voluntad de las partes (consagrados a nivel normativo en los arts. 10.1º CE y 1255 Cc). Así lo dejó dicho el Tribunal Constitucional en sus SSTC 288/1993, de 4 de octubre, y 62/1991, de 22 de marzo: el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual, las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción”.

Así pues, conforme al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, nuestro ordenamiento jurídico sólo prevé dos mecanismos a través de los cuales las partes pueden resolver sus controversias definitivamente, en caso de persistir la discrepancia, mediante actos con fuerza ejecutiva: la vía jurisdiccional o, como única excepción a ésta, el arbitraje. Si bien, en el caso del arbitraje, se precisa del auxilio judicial para llevar a cabo lo ordenado en un laudo, dado que, como decíamos, sólo los jueces y tribunales pueden “hacer ejecutar lo juzgado” conforme al art. 117.3º CE.

Ahora bien, como señala la doctrina más autorizada (Tornos Mas, 1995), el arbitraje debe ser en todo caso voluntario y de Derecho para la Administración. En efecto, el posible establecimiento de un arbitraje obligatorio podría traer consigo problemas de constitucionalidad, al poder implicar conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE en relación con el ya citado art. 117.3 CE. Dicho precepto no excluye la validez del arbitraje como medio de solución de conflictos siempre que esté basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como ha declarado el Tribunal Constitucional, en las ya antiguas sentencias 11/1981, de 8 de abril, 174/1995, de 23 de noviembre, y 43/1988, de 16 de marzo.

Por otra parte, un arbitraje de equidad en el ámbito de las Administraciones Públicas o del sector público, en general, sería difícilmente admisible, teniendo en cuenta que la Administración se encuentra íntegramente sometida a la Ley y al Derecho (*cf.* art. 103.1º CE).

Además de la necesidad del carácter voluntario del arbitraje, es preciso observar el principio de control judicial de la legalidad de la actuación de la Administración, que



resulta del art. 106.1º CE: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Dificilmente puede la Administración eludir el control del Poder Judicial, previo convenio con los sujetos interesados, para sustituirlo por otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos, salvo que el arbitraje estuviera previsto expresamente entre los medios legalmente dispuestos al alcance de la Administración o de los entes públicos como equivalente jurisdiccional.

Autores como López Menudo (1999 12), entienden que hay que analizar el art. 106.1º CE desde la óptica de la exigencia de control judicial de una determinada actuación, priorizando en todo momento el control frente a una ausencia de control. En este sentido, la alternativa a recurrir a un tercero imparcial que desempeñe funciones de “equivalente jurisdiccional” (expresión del Tribunal Constitucional) debería tener preferencia sobre la ausencia de control. En su opinión, aun cuando la Constitución no contempla las fórmulas arbitrales, tampoco las excluye.

Tornos Mas (1995), por su parte, defiende una interpretación abierta y extensiva de los preceptos constitucionales señalados. Así, apunta a que lo que debe garantizarse es la ausencia de zonas exentas de control, pero se muestra favorable a la aceptación de medios de resolución alternativos a los tribunales.

Estas fundamentales objeciones frente al arbitraje ya fueron abordadas por nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 75/1996, de 30 de abril. En ella, por lo que aquí interesa, se afirma:

“[conviene analizar] si resulta conforme a la Constitución, concretamente a sus arts. 24.1º y 117.3º CE, un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. (...) La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia a arbitraje (...). La primera nota del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Y esto, que está dicho preferentemente desde la perspectiva del demandante, es igualmente aplicable al demandado, en cuanto que, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva. Esta conclusión no se desvirtúa, por otra parte, por la posibilidad de un ulterior recurso de nulidad frente al Laudo (...), pues como también declaró la referida STC 174/1995, ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que al estar tasadas las causas de revisión (...), y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (...) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE”.



III. DE LOS LÍMITES A QUE SE ENCUENTRA SUJETA LA ADMINISTRACIÓN PARA SOMETER SUS CONFLICTOS A ARBITRAJE

1. Requisitos formales para arbitrar o transigir sobre los derechos de la Hacienda Pública o sobre los derechos patrimoniales de la Administración

NUESTRA legislación tradicionalmente ha sido reacia a admitir el arbitraje de la Administración, incluso en materias de índole jurídico–privada. Así, el art. 12 del viejo Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852 prohibió expresamente el juicio de arbitraje en la contratación del Estado. Posteriormente, tanto el art. 6 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, como más tarde el art. 41 de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, exigían una ley para someter a la Administración a arbitraje.

En la actualidad, el art. 7 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), bajo el título “Límites a que están sujetos los derechos de la Hacienda Pública estatal” establece que:

- “3. Sin perjuicio de lo establecido en el ap. 2 del art. 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

En el ámbito de los bienes de las Administraciones Públicas, el art. 132.1º CE sienta el principio de que los bienes de dominio público son inalienables, indisponibles e inembargables, de donde resulta, *a contrario sensu*, que sí es posible disponer de los bienes privados o patrimoniales de las Administraciones y entes públicos. En este sentido, el art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) dispone que:

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”.

La competencia consultiva del Pleno del Consejo de Estado resulta del art. 21.8 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

También las distintas leyes autonómicas de Patrimonio encomiendan al respectivo Consejo de Gobierno la decisión de someter a arbitraje las contiendas a que se enfrenten la Administración y los entes públicos (véase por ejemplo la Ley de Patrimonio de la Generalidad Valenciana, de 10 de abril de 2003, en su art. 12.3).

Existe, sin embargo, en tiempos más recientes, una creencia generalizada en favor de la oportunidad de facilitar el arbitraje en las cuestiones litigiosas de la Administración.



Como muestra de esta tendencia, el Consejo de Estado en su dictamen 4464/98, de 22 de diciembre de 1998, era de la opinión de que

“resultaría conveniente potenciar la figura del arbitraje... En el dictamen 214/92 ya se afirmó que el arbitraje constituía una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso”.

2. Límite sustantivo o material de la indisponibilidad de la materia sobre la que verse el arbitraje

Aparte de los requisitos mencionados en el epígrafe anterior, un límite insoslayable que se erige a la hora de admitir el arbitraje como modo de resolución de conflictos entre la Administración o los entes públicos y los particulares, es el que se refiere a la indisponibilidad de las potestades administrativas.

La vigente Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, en su art. 2.1º, al definir las controversias jurídicas susceptibles de ser reconducidas al arbitraje, se refiere a las “*materias de libre disposición conforme a Derecho*”. A ello añade el art. 2.2º que

“cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por el Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”,

de donde se deduce, *a contrario sensu*, que dichas prerrogativas sí serían oponibles, en cambio, en los arbitrajes internos.

Rosa Montero (1998, 77–79) ahonda en este elemento relevante a la hora de enjuiciar la aceptabilidad del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos, el de la disponibilidad de la materia para las partes. La clave reside, a su juicio, al igual que para el arbitraje de Derecho privado, en el principio de libre disposición y en la autonomía de la voluntad. El Estado sólo podrá disponer sobre aquellas materias que así se lo permitan, y, dado el principio de legalidad a que se encuentra sometida toda la actuación de la Administración (arts. 9.3º y 103.1º CE), será en todo caso la ley la que deberá fijar el contenido de dicha autonomía. Así pues, no puede establecerse una admisibilidad genérica e incondicionada del arbitraje, sino que habrá de estarse a la materia concreta.

Esta cuestión es abordada en la importante sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 4617/2017, de 20 de diciembre (recurso nº 1715/2017):

“Esto no obstante, la referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual (...), debe situarse en sus justos términos, pues de esa regla general que se acaba de apuntar no resulta en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino sólo para aquellas sobre las que cabe transigir por no estar constreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad.

Esto es así porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse (expresión de esta regla es, *v.gr.*, el art. 86 de la Ley 39/2015, de Procedimiento



Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece gráficamente que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, “siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción”).

Por consiguiente, cuando en un contrato o convenio se introduce una cláusula de sometimiento de controversias a arbitraje, la aceptación de la viabilidad jurídica de esa cláusula no puede entenderse en modo alguno como una remisión incondicionada de cualesquiera controversias al arbitraje, sino como solución mediante arbitraje de las contiendas que versen sobre materias susceptibles del mismo; (...) sólo en aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición”.

IV. CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1. El giro restrictivo operado por la LCSP 2017 respecto del arbitraje en la contratación pública.

LA vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP 2017”), ha supuesto un cambio con relación al instituto del arbitraje, ya que no prevé expresamente que las diferencias que puedan surgir entre las partes durante la ejecución de un contrato, en cuestiones sometidas al Derecho privado, puedan ser resueltas en un arbitraje, lo que lleva a plantearse cuál fue la intención del legislador al eliminar esta previsión, que sí figuraba, en cambio, en las leyes de contratación precedentes.

En efecto, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, preveía en su art. 39 (luego art. 320, tras la reforma operada por la Ley 34/2010) una cláusula de arbitraje en los siguientes términos:

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

Esta misma disposición se mantuvo en el art. 50 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; “TRLCS 2011”).

Del art. 50 TRLCS 2011 se desprendía que podían acudir a arbitraje los poderes adjudicadores que no tuvieran el carácter de Administración Pública y para las diferencias que surgieran sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los mismos. Es decir, que queda prohibido el arbitraje para los contratos administrativos propiamente dichos.



La ausencia de previsión en la actual LCSP 2017 acerca de la figura del arbitraje en los contratos celebrados por los entes del sector público que no tengan la condición de Administración Pública, puede llevar a pensar que el legislador sólo contempla la sumisión a los tribunales para resolver las discrepancias derivadas de los contratos públicos.

Sin embargo, no parece haber sido ésta la intención del legislador, pues sí se hace referencia al arbitraje en otros preceptos de la misma LCSP 2017.

Así, en la Disposición adicional primera, se dice que

“En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles par resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje”.

De la Disposición Adicional primera de la LCSP 2017, resulta que se favorece el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales españoles en la contratación con empresas extranjeras. Sólo cuando no sea posible acudir a la jurisdicción, se podrá ir al arbitraje. Esta norma ha supuesto una restricción con respecto a la legislación anterior, en lo relativo a la contratación con empresas en el extranjero. En cambio, en el TRLCSP 2011 se establecía la obligación de sometimiento a la jurisdicción de los tribunales españoles de cualquier orden, de todas las controversias surgidas en los contratos con empresas españolas y con empresas extranjeras, cuando los mismos fueran a ejecutarse en España; pero primaba la incorporación de cláusulas tendentes a recurrir a arbitraje en los contratos celebrados entre Administración y sociedades extranjeras, cuando fueran a ejecutarse en el extranjero.

Por tanto, lo que precisamente se deriva de la Disposición Adicional primera LCSP 2017, como apunta Esplugues Barona (2019 85–89), es que hay un cambio claro de tendencia y una voluntad del legislador contraria y restrictiva al arbitraje en materia contractual.

Otro argumento más que apuntala la tendencia legislativa de poner coto a la institución del arbitraje en el ámbito de la contratación pública es el Real Decreto–ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; que en su art. 123 establece para ese ámbito contractual, el arbitraje como un modo ordinario de resolución de conflictos.

El art. 5 de esta norma legal establece que “*Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este Real Decreto–ley los contratos que celebren las entidades que, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tengan la consideración de Administraciones Públicas, que se regirán por la mencionada ley, en todo caso*”. Esta norma, en definitiva, no vendría a avalar la utilización del arbitraje para los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, al estar expresamente excluidas de su ámbito de aplicación.



2. De la clasificación de los contratos celebrados por los entes del sector público en administrativos y privados

El art. 24 LCSP 2017, al igual que sus leyes predecesoras, establece que “Los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de Derecho administrativo o de Derecho privado”.

Los preceptos que le siguen establecen cuáles son unos y otros, así como la jurisdicción competente para resolver las controversias que se susciten con ocasión de su desenvolvimiento.

En cuanto a los contratos administrativos, el art. 25 LCSP 2017 dispone que:

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:
 - a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:
 - 1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.
 - 2.º Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.
 - b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.
2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

De esta primera caracterización de los contratos administrativos, se extrae que tienen esta consideración aquéllos que tengan un objeto de los contratos típicos regulados en la LCSP 2017: obra, concesión de obra, servicio, concesión de servicio y suministro, a excepción de las dos categorías de contratos expresamente mencionados (los contratos de servicios financieros y los de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos), los cuales tendrán la consideración de contratos privados.

Junto a los contratos administrativos “típicos”, la Ley incluye en esta categoría también los que podríamos denominar “atípicos”, que engloba todos aquéllos que tengan un objeto distinto de aquéllos, y sean declarados así expresamente por una ley, en los que concurra, alternativamente, una de las dos notas distintivas siguientes: (i) que estén vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante; o (ii) que satisfagan de forma directa e inmediata una necesidad pública de su específica competencia.



A los contratos incluidos en la categoría de contratos administrativos se les aplica, en todas las fases de la contratación –desde la preparación y adjudicación, hasta los efectos, cumplimiento, modificación y extinción– la LCSP 2017 y su normativa de desarrollo; supletoriamente, las demás de normas de Derecho administrativo; y, en última instancia, también supletoriamente, las reglas de Derecho privado. Se subraya, pues, por la *vis atractiva* del ordenamiento jurídico–administrativo en la reglamentación de todos los aspectos de los contratos administrativos.

Los contratos privados están definidos, a continuación, en el art. 26.1 LCSP 2017, que es del siguiente tenor:

1. Tendrán la consideración de contratos privados:
 - a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.
 - b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.
 - c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

Así pues, la categoría de contratos privados, se integra de tres tipos de contratos, en función de la cualidad que revistan los sujetos que los celebren:

- a) los celebrados por una Administración Pública, caracterizados de manera residual o por vía negativa, como aquéllos cuyo objeto no sea coincidente con el de los contratos administrativos “típicos” y “atípicos”;
- b) los celebrados por entes del sector público que no sean Administración Pública; y
- c) los celebrados por los entes del sector público que no sean poder adjudicador.

A efectos de la mejor comprensión de esta disposición, debe recordarse que son Administraciones Públicas (*cf.* art. 3.1, letras a), b), c) y l), en relación con art. 3.2º LCSP 2017), a efectos de la LCSP 2017, las entidades siguientes:

- i. la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local;
- ii. las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social;
- iii. los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes;
- iv. las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco;
- v. los consorcios y otras entidades de Derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del art. 3.3º, para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.



Conforme al art. 3.3º, letra d) LCSP 2017, tendrán la consideración de poder adjudicador, “Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este ap. 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.

Por su parte, son poderes adjudicadores (*cf.* art. 3.3º LCSP 2017):

- i. Las Administraciones Públicas.
- ii. Las fundaciones públicas.
- iii. Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- iv. Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este ap. 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- v. Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas.

Finalmente, los entes del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador, por exclusión, son:

- i. Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.
- ii. Las fundaciones públicas.

Conforme al art. 3.1.e) LCSP 2017, “A los efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

 - 1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.
 - 2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.
 - 3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.
- iii. Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- iv. Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.



- v. Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del ap. 1 del art. 3, sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el art. 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Administraciones Públicas, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, Organismos Autónomos, Universidades Públicas, consorcios dotados de personalidad jurídica-pública, Fundaciones Públicas, Entidades Públicas Empresariales y sociedades mercantiles.

Art. 5. Grupo de Sociedades. A los efectos de esta ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el art. 42 del Código de Comercio.

3. Régimen jurídico aplicable a los contratos privados. En particular, los llamados actos separables

En cuanto al régimen jurídico aplicable a los contratos privados en el ámbito del sector público, la LCSP 2017 distingue, en su art. 27, según la condición del sujeto que celebre cada uno de estos contratos:

- A. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán:
 - a. En cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las disposiciones de la LCSP con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante.
 - b. En cuanto a sus efectos, modificación y extinción, se regirán por el Derecho privado.

Dentro de esta categoría de contratos privados de las Administraciones Públicas, los contratos de servicios financieros y los de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (mencionados en el art. 25.1.a) LCSP 2017), les resultarán de aplicación:

- a. En cuanto a su preparación y adjudicación, además del Libro Primero de la LCSP (que lleva por rúbrica “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”), el Libro Segundo de la misma (“De los contratos de las Administraciones Públicas”)
- b. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de Derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de la LCSP relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.



- B. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la LCSP 2017, se registrarán:
 - a. En cuanto a su preparación y adjudicación, por el Título I del Libro Tercero (Libro Tercero que lleva por título “De los contratos de otros entes del sector público”, y, dentro de éste, el Título I rubricado “Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública”) de la LCSP 2017.
 - b. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de Derecho privado, y aquellas normas establecidas en el art. 319 LCSP 2017 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; así como la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los arts. 204 y 205.
- C. Los contratos que celebren las Entidades del Sector Público que no posean la condición de poder adjudicador, se registrarán por los arts. 321 y 322 LCSP 2017. En lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de Derecho privado que les resulten de aplicación.

De la regulación anterior se desprende que la intensidad del régimen jurídico-público aplicable a los contratos privados va descendiendo, siendo más intensa en el caso de que los entes que los celebren sean Administraciones Públicas, y menos intensa cuando los sujetos celebrantes no tengan la condición de poder adjudicador.

Por regla general, con las matizaciones que acabamos de referir y que resultan directamente de la LCSP 2017, el régimen jurídico aplicable a los contratos privados del sector público se puede resumir del modo siguiente:

- i. sus actos de preparación y adjudicación se rigen por el Derecho público o administrativo;
- ii. sus efectos, cumplimiento, modificación y extinción, por las normas del Derecho privado.

A la primera categoría de actos se les denomina en la doctrina tradicional administrativa “actos separables”, precisamente en consideración al régimen jurídico que les es aplicable, y que les sustrae de la aplicación de las normas de Derecho civil o privado a que se encuentran sometidos los contratos privados.

Los actos separables serán impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, precisamente porque no son actos sometidos al Derecho privado. En efecto, el art. 27.1º, en sus aps. b) y d), LCSP 2017 establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para conocer de las cuestiones que se susciten “en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones



Públicas”, así como de “las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores”.

Abunda en los actos separables y las peculiaridades de su régimen jurídico y fiscalización, la previsión que se contiene en el art. 41 a propósito de la revisión de oficio, el cual dispone en sus aps. 1 y 2 que:

1. La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
2. A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el art. 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.

En resumen, en todos los contratos celebrados por la Administración, tanto públicos como privados, los actos de preparación y adjudicación, por ser actos separables o desgajables, y encontrarse sometidos al Derecho administrativo, son susceptibles de declaración de nulidad o lesividad, conforme a los procedimientos y por las causas establecidas en la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (“LPAC”) y únicamente podrán ser impugnados ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En los contratos privados celebrados por los demás entes públicos en los que no concurra el carácter de Administración Pública, sean o no poderes adjudicadores, aquellos mismos actos de preparación y adjudicación, por ser también actos administrativos, serán susceptibles también de revisión de oficio o declaración de lesividad, y, por la misma razón, serán fiscalizables exclusivamente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

V. SUPUESTOS EN QUE ES POSIBLE Y LÍMITES AL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN

ESTAMOS ya en condiciones de responder a la pregunta que constituye el objeto del presente estudio: en qué supuestos, si es que cabe, podría darse el arbitraje para dirimir las controversias a que se enfrenten la Administración y demás entes públicos.

Como antes apuntábamos, la LCSP 2017 ha suprimido la disposición antes contenida en el art. 50 TRLCSP 2011. De ello, sin embargo, no cabe deducir que la voluntad del legislador haya sido la de eliminar la posibilidad de acudir a este medio alternativo de resolución de conflictos en el caso de los contratos privados y en las materias que sean de libre disposición de las partes.

El art. 27.2º LCSP 2017, en materia de jurisdicción competente para resolver las controversias en materia de contratos públicos, dispone que:



2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver:
 - a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.
 - b) De las cuestiones referidas a los efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.
 - c) El conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por remisión, el art. 27.1º, aps. b) y c), dispone que:

Serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones (...):

- b) (...) respecto de los contratos referidos en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del art. 25 de la presente Ley que estén sujetos a regulación armonizada, las impugnaciones de las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los arts. 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
- c) Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los arts. 204 y 205 de la presente Ley, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública.

A pesar de que el art. 27.2º está redactado en términos imperativos (el orden civil “será el competente”), ello no significa que se excluya el arbitraje en relación con los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos privados de los poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, y de los entes del sector público que no sean poderes adjudicadores.

Partiendo de la premisa de que todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido –como manifestación del viejo aforismo del *favor libertatis*–, el arbitraje es perfectamente posible como cauce de resolución de las disputas surgidas en relación con los efectos, cumplimiento, modificación y extinción de los contratos privados de la Administración y demás entes públicos. Y ello porque, rigiéndose tales efectos, cumplimiento y extinción por las normas de Derecho privado, y siendo tales materias de libre disposición de las partes, éstas pueden someter, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la resolución de las disputas surgidas en este ámbito, a arbitraje.

Donde no resulta posible el arbitraje, como lógico corolario de lo dicho en el epígrafe anterior, es en relación con los actos separables –los referentes a la preparación y adjudicación de los contratos privados–, los cuales, por encontrarse sujetos al Derecho público, resultan sustraídos al poder de libre disposición de las partes. Estos actos –manifestación del poder de *imperium* y expresión de las prerrogativas de la Administración en el ámbito



de la contratación pública—, por disponerlo expresamente la LCSP 2017, sólo podrán impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El propio Tribunal Supremo ha admitido el arbitraje en relación con las controversias surgidas en el contexto de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.

Así, en la STS (Sala Tercera) de 17 de noviembre de 2021 (recurso nº 3772/2020), se examinaba la cuestión de interés casacional objetivo siguiente: si una cláusula de sumisión a arbitraje de Derecho privado para la resolución de un contrato sujeto a regulación armonizada impide o constituye un límite para que una Administración pública, que ha ocupado la posición de un poder adjudicador no Administración tras su desaparición, pueda ejercer su potestad legal y convencional de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato; si, de ser posible el ejercicio de esa facultad, lo será de forma excluyente, o será posible el ejercicio concurrente con el procedimiento arbitral; y, en este último caso, cuál será la incidencia de uno y otro procedimiento a fin de dar preferencia a una de las dos decisiones; más concretamente, si debe operar el criterio de prioridad temporal en el inicio o en la decisión.

En relación con la primera de esas cuestiones, el Tribunal Supremo afirma (FJ 4º):

“En primer lugar, (...) aunque se entendiera que se trata de un contrato privado sin más, como parece entender la Sala de apelación, es un contrato de regulación armonizada, cuyos actos preparatorios y de adjudicación están sometidos por sí mismos a la legislación administrativa según prescribe el art. 34 del texto refundido que se acaba de reproducir. En segundo lugar, porque así se desprende de la propia cláusula de sometimiento al arbitraje privado del referido contrato, cuyo tenor era el siguiente:

18. *Jurisdicción competente*: Todas las controversias que se planteen en relación con la preparación y adjudicación del presente contrato partes serán fiscalizadas por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo. Leioa Kirolak y quien resulte adjudicataria del presente contrato acordarán someter toda controversia que surja en relación o con ocasión de la ejecución y cumplimiento del contrato, así como sobre su eficacia y resolución, a arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, de acuerdo con su normativa reguladora.”

Parece claro que la expresa atribución en el contrato litigioso de la resolución de las controversias sobre actos preparatorios y adjudicación a la jurisdicción contencioso-administrativa implica la remisión a esos efectos a la legislación administrativa, en contra de lo argumentado por la sociedad demandada. Finalmente, porque la asunción del Ayuntamiento de Leioa de la posición jurídica de Leioa Kirolak se hizo sin ninguna restricción de sus facultades legales en lo que respecta al ejercicio de los derechos y obligaciones que asumía.

Por tanto, no existe obstáculo para que el Ayuntamiento de Leioa, Administración Pública que adquiere la condición de titular de la posición jurídica de la entidad adjudicadora al disolverse ésta (una sociedad pública del propio Ayuntamiento, no se olvide), pudiera ejercer sus competencias revisoras respecto a la adjudicación de un contrato de regulación armonizada que estaba sometido, por expresa previsión de su clausulado, a la jurisdicción administrativa. Tal interpretación resulta reforzada por el hecho de que la actual Ley de Contratos del Sector Público otorga expresamente en su art. 41.2 la consideración de actos administrativos a los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean administraciones públicas, como sería el caso. Dicha previsión debe servir en esta ocasión como criterio interpretativo de la regulación anterior vigente en el momento de los hechos (el ya citado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), evitando dudas en el supuesto de autos sobre la naturaleza administrativa de los actos preparatorios y de adjudicación de un contrato de regulación armonizada que: a) expresamente se remite a la jurisdicción contencioso-administrativa, y b) cuyos actos preparatorios y de adjudicación provienen de una entidad del sector público cuya posición jurídica ha sido asumida por el propio Ayuntamiento a la que pertenecía dicha sociedad”.



El Alto Tribunal asume perfectamente la validez de un convenio arbitral en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de un contrato celebrado por un poder adjudicador, no Administración pública, con la salvaguarda de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato en cuestión, los cuales, por ser actos administrativos, son susceptibles de revisión de oficio.

Ahora bien, aun cuando el arbitraje sea admisible en el ámbito de los contratos privados de las Administraciones y demás entes públicos, con el referido límite de los actos separables, aquél resulta teñido de peculiaridades propias del carácter de sujeto de Derecho público de uno de los celebrantes.

Así lo subrayaba en expresivos términos la citada STS 4617/2017, de 20 de diciembre (recurso nº 1715/2017), para los contratos privados celebrados por una Administración Pública:

“Y esto que se acaba de decir no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3º CE); servicio a los intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1º CE). Toda actividad administrativa –también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado– se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve.

Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado”.

VI. CONCLUSIONES

EL arbitraje, como modo de resolución de controversias alternativo a la jurisdicción para la Administración y demás entes públicos, es perfectamente admisible en el ámbito de los contratos privados, pero sólo respecto de los conflictos que surjan en relación con sus efectos, cumplimiento, modificación y extinción.

El límite infranqueable al arbitraje en los contratos privados viene dado por los llamados actos separables (los actos dictados en la fase de preparación y adjudicación de cualesquiera contratos), que se desgajan del régimen de Derecho civil o privado aplicable a estos contratos, por encontrarse sometidos al Derecho administrativo y sustraídos al poder de



libre disposición de las partes. En atención al régimen jurídico a que se someten, los actos separables son únicamente impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y no cabe, por tanto, su sumisión a arbitraje.

Quitando, pues, el reducto de los actos separables, el resto de las materias surgidas en el desenvolvimiento de los contratos privados celebrados por la Administración y demás entes públicos, tengan o no éstos la condición de poderes adjudicadores, podrán ser sometidas por las partes a arbitraje.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, por los principios que informan la actuación de la Administración Pública (legalidad e interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3º CE; objetividad y servicio a los intereses generales, art. 103.1º CE; y control judicial de la legalidad de la actuación administrativa y sometimiento de ésta a los fines que la justifican, art. 117.3º CE), el arbitraje, también en el ámbito de los contratos privados, no se desarrolla en los mismos términos que un arbitraje entre sujetos puramente privados o particulares. La presencia de una Administración Pública o entidad del sector público tiñe a la institución arbitral de un carácter iuspublicista del que es imposible sustraerse.

BIBLIOGRAFÍA

- BARDAVÍO DOMÍNGUEZ, P., “¿Cabe el arbitraje en los contratos administrativos? Comentario al Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2021, 2022.
- ESPLUGUES BARONA, C., “Arbitraje como cauce de resolución de conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, 2019.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho público”, *Revista de Derecho administrativo*, nº 2, Madrid, 1999.
- PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre el arbitraje administrativo, a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 1, 1999, pp. 11–27.
- ROSA MONTERO, J., *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw–Hill, 1998.
- TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, nº. 136, 1995.



Contratación pública en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

I. LOS CONTRATOS EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA Y DE LA SEGURIDAD

1. *El art. 346 TFUE*

EL Derecho europeo ha contemplado desde siempre la posibilidad de que los Estados miembros establezcan las medidas precisas para la protección de los intereses de su seguridad; en concreto, medidas referidas a la producción del comercio de armas, municiones y material de guerra. Las medidas adoptadas no pueden alterar las condiciones de competencia en el mercado común de los productos no destinados a fines específicamente militares (art. 346 TFUE—antes art. 296 del Tratado constitutivo—).

Con base en esta previsión, que constituye una excepción a los principios generales informadores de los tratados, los Estados miembros entendieron que los contratos cuyo objeto versaba sobre las indicadas materias quedaban fuera del ámbito de las normas reguladoras de la contratación pública. Y así lo siguen haciendo. Baste como botón de muestra en este sentido, el art. 5.1º Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que dispone que quedan excluidos de su ámbito de aplicación los convenios incluidos en el ámbito del citado art. 346 TFUE concluidos en el sector de la defensa y seguridad.

La Unión Europea ha aspirado, por otra parte, y desde hace ya años, a crear un mercado europeo de material de defensa con la finalidad de dotar y fortalecer la capacidad militar de los Estados miembros precisa para la ejecución de la Política Europea de Seguridad y Defensa.

La creación de un mercado europeo de la contratación de defensa y seguridad —al igual de que contratación pública— es uno de los mayores fracasos de la Unión Europea. Al igual que la iniciativa de promover el protagonismo de la pequeña y mediana empresa. Las actuaciones de la Unión se han concretado en una acusada tendencia hacia el oligopolio.

A tal fin, la Comisión Europea y la Agencia Europea de la Defensa pusieron en marcha diversas iniciativas para su consecución.



Entre dichas iniciativas pueden mencionarse la Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 2003 “Hacia una política de la Unión Europea en materia de equipos de Defensa”, el Libro Verde “Los contratos públicos de defensa” (COM, 2004, 608), la Comunicación interpretativa sobre la aplicación del art. 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006 y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Adjunto a esta Comunicación (2006).

Otras iniciativas se concretaron en diversos instrumentos no normativos encaminados a delimitar la aplicación del entonces art. 296 del Tratado y establecer un régimen intergubernamental para promover la competencia en el mercado europeo de los equipos de defensa: en concreto, en el Código de Conducta para la adquisición de material de defensa, de noviembre de 2005; el Código de Buenas Prácticas en la cadena de suministros de 15 de junio de 2006 y los acuerdos marco relativos a la seguridad en los suministros y la información de 20 de septiembre de 2006, aprobados todos ellos por la Agencia Europea de defensa.

Uno de cuyos frutos –el principal– fue la aprobación de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Con ella, se pretendió instituir un régimen común de contratación en la materia, paralelo –no subsidiario o especial– al común de la contratación pública, que acotara el ámbito de aplicación del art. 346 TFUE, tuviera en cuenta la especial relevancia que tiene la seguridad de la información manejada en los procedimientos de licitación y los flexibilizara.

2. La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

La directiva fue incorporada al derecho patrio mediante la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

La regulación legal fue interpretada por la Orden de Servicio sobre contratación nº I/12, de 6 de febrero, del Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa y luego por la Instrucción comunicada 14/2015, de 13 de febrero de 2015, del Secretario de Estado de Defensa, que reguló el procedimiento de contratación en el Ministerio de Defensa, siendo esta última, a su vez, derogada por la Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa.

La Ley 24/2011 es una norma especialmente imprecisa. Contiene numerosos incisos y declaraciones que ni constituyen ni incorporan auténticas normas jurídicas. Priva en ella lo tradicionalmente rechazado para los textos normativos: esto es, el estilo suasorio (*lex iubet, non suadet*), el estilo de la convicción y didáctico (*lex iubet, non docet*) y, en fin, el estilo descriptivo (*lex iubet, non tollit*). Es un texto prolijo, incluso, farragoso en ocasiones, excesivamente reglamentista. Regula cuestiones que podrían haberse deferido sin dificultad a disposiciones de rango inferior. No obstante, esta circunstancia, incurrir, al tiempo y en demasía, en remisiones a conceptos imprecisos. Conserva la oscura y, en ocasiones, inadecuada terminología introducida por la Ley 30/2007, de contratos del



sector público, vigente al momento de aprobarse, proveniente de las directivas europeas, sin hacer un mínimo esfuerzo de acomodación a nuestra tradición jurídica, con menos-cabo de su claridad. El resultado final es que la Ley presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento de la seguridad jurídica. Y tal esquema se concreta en especiales dificultades a la hora de integrarla e interpretarla.

3. Ámbito de aplicación de la Ley 24/2011

La regulación legal se aplica a la preparación y adjudicación de los contratos de obras, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y privado cuando concurren las siguientes circunstancias:

- A) *Ser contratos celebrados en el ámbito de la defensa y la seguridad y tener por objeto prestaciones vinculadas a ellas.* Por defensa se entiende el conjunto de actividades reguladas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional; esto es, las encaminadas a garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional y a contribuir militarmente a la seguridad y defensa de España y sus aliados en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria.

Por seguridad pública, por su parte, se entienden las actuaciones dirigidas a la protección de las personas y los bienes, la preservación y el mantenimiento del orden público dentro del territorio nacional.

Las prestaciones relacionadas con la defensa tienen por objeto el suministro de equipos militares –incluidas las piezas, componentes y sus subunidades– y de equipos sensibles; las obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos militares, esto es, las que les sirven de soporte o están íntimamente vinculadas con ellos y, finalmente, las obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles (art. 2.1º Ley 24/2011). Se entienden por éstas últimas las que, sin estar relacionadas de manera directa con el equipo militar, van destinadas y son adquiridos con fines específicamente militares.

Las prestaciones relacionadas con la seguridad pública son el suministro de armas y municiones destinadas al uso de las Fuerzas, Cuerpos y Autoridades con competencias en seguridad, las obras, suministros y servicios directamente relacionados con ellos, el suministro de equipos sensibles y las obras y servicios relacionados con ellos.

Se entiende por equipos militares los específicamente diseñados o adaptados para fines militares destinados a ser utilizados como armas, municiones o material de guerra (Ley 24/11, disposición adicional única).



La noción de fin militar se define en función de las operaciones militares desarrolladas por las Fuerzas Armadas: en concreto, la defensa del territorio nacional, la vigilancia de los espacios marítimos y aéreos y su control y la colaboración en operaciones de mantenimiento de paz y estabilización internacional.

El Consejo aprobó mediante la Decisión 55/1958, de 15 de abril, una lista de equipos militares. Dicha lista no se ha actualizado y no constituye un *numerus clausus*.

Y por equipos sensibles se entiende aquellos vinculados a fines de seguridad pública que exigen un nivel elevado de confidencialidad por implicar, requerir o contener información clasificada. Requiere la concurrencia de dos requisitos:

- a) Una vinculación a fines de seguridad pública, que no es exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad sino que también se predica de las Fuerzas Armadas [la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, encomienda a las Fuerzas Armadas funciones encaminadas a preservar la seguridad de los ciudadanos (art. 15) y, en particular, a apoyar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 16, c), e) y f)].
- b) Un elevado nivel de confidencialidad, circunstancia que comportará “implicar, requerir o contener información clasificada”.

La delimitación del concepto obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles se hace atendiendo a la calificación como zonas de seguridad de acceso restringido (ZAR) y administrativas de protección (ZAP) de las instalaciones y de los servicios.

En los términos definidos por la Norma de la Autoridad Nacional para la protección de la Información Clasificada N/S 03. Seguridad Física y en las Normas de Seguridad de la Información en las Instalaciones, aprobadas por Instrucción 95/2011, de 16 de diciembre, del Secretario de Estado de Defensa, en la que se determinan las zonas de seguridad en las que se permite el manejo de información clasificada.

Son instalaciones autorizadas para manejar, conservar y tratar informaciones clasificadas. Requieren especiales condiciones de seguridad.

- B) *Ser contratos celebrados por entes que tengan la consideración de poderes adjudicadores.* Frente a la técnica de la directiva incorporada que se remite a la regulación de la contratación pública a la hora de determinar los poderes adjudicadores, la Ley crea un concepto propio.

Tienen la consideración de tales la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo se prevea en sus respectivos Estatutos de Autonomía en el ámbito de la seguridad pública, los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica, pública o privada, vinculados a las Administraciones anteriores, que ejerzan competencias en el ámbito de la defensa o seguridad y que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que los poderes adjudicadores citados financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia y las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores (art. 3 Ley 24/2011).



Reproduce en gran parte el de la legislación de contratos, si bien lo modifica al incluir a las entidades públicas empresariales. Omite por otra parte toda referencia a las Entidades locales. Y llama la atención esta omisión pues las policías ejercen funciones de seguridad –muy alejadas de las simples funciones auxiliares atribuidas por el ordenamiento– y manejan información sensible y las citadas entidades adjudican contratos comprendidos materialmente en el objeto de los regulados por la Ley.

4. Integración de la Ley 24/2011. Supletoriedad de la legislación de contratos del sector público

En lo no previsto en la Ley 24/2011, a los contratos comprendidos en su ámbito se les aplican las reglas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Se configura así un régimen jurídico especial referido exclusivamente a la preparación y adjudicación de los contratos, pues las previsiones de la primera norma citada se ciñen primordialmente a estas cuestiones.

Ahora bien, el alcance de la supletoriedad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, no es cuestión, ni fácil, ni pacífica.

Una visión simplista de la supletoriedad lleva a entender que las previsiones de la regulación de los contratos del sector público resultan de aplicación en todo caso y con carácter prevalente cuando la contenida en la Ley 24/2011, bien no existe, bien es insuficiente o incompleta.

Tal planteamiento no se considera correcto. No puede desconocerse que la Ley 24/2011 engarza –a través de la Directiva– con el art. 346 TFUE y consagra una excepción a los principios generales que lo informan. Frente a las directivas europeas de la contratación pública que carecen de un título jurídico habilitante directo en los tratados europeos y cuya construcción se ha hecho acudiendo a otros indirectos –la libre circulación de mercancías y servicios–, la regulación de los contratos en materia de seguridad y defensa cuenta con uno específico, autónomo, de índole excepcional, contenido en el Tratado de Funcionamiento. Esta circunstancia hace que la regulación de los contratos de defensa y seguridad, cuya cabecera es la citada Ley 24/2011, constituya un grupo normativo autónomo del de contratos públicos.

La noción de grupo normativo hace referencia a la existencia de un entramado de normas, diversas y en apariencia dispersas, que constituyen un conjunto coherente y que reclama su actuación simultánea. Su coherencia deriva de su igualdad estructural o de la identidad de sus criterios inspiradores (*isomorfía*). El grupo normativo puede tener una estructura sencilla o articularse en distintos conjuntos, subconjuntos o subgrupos. En él o en sus subgrupos, no operan exclusivamente las relaciones de jerarquía sino otras, entre la que destaca la de coherencia. En virtud de esta relación, las normas auxiliares, interpretativas, integrativas, sustitutivas o dispositivas formalmente de menor rango se anteponen a otras de valor, fuerza o rango superior. Una disposición de rango legal se integra con otras



de rango reglamentario o dispositivo con preferencia a otras –también de rango legal– que el ordenamiento llama supletoriamente.

Lo dicho es precisamente lo que ocurre en el caso de grupo normativo aplicable a esta materia. Este tiene una estructura compleja en la que no operan, ni única, ni primordialmente las relaciones de jerarquía. Antes al contrario, la intención del legislador es que, antes de aplicarse las normas de contratos, lo hagan las de desarrollo de la propia Ley y, en su defecto, se colmen sus vacíos con sus propios principios y reglas, integrando un corpus jurídico unitario y prevalente. Sólo en el caso de insuficiencia de este mecanismo, resulta llamado el grupo normativo de la contratación pública.

Así pues, las previsiones de la Ley 24/2011, –que constituye la norma de cabecera del grupo normativo– se integran preferentemente con las eventuales reglamentarias dictadas en su desarrollo y con los pliegos de cláusulas particulares de los contratos. Forman una agrupación normativa dotada de coherencia con base en la conexión existente entre sí por razón de destino. Sólo en lo no previsto en este entramado de normas –constitutivo de un auténtico subgrupo normativo– y en lo que no se pueda integrar acudiendo a los principios generales, entran en juego las propias de la legislación de los contratos del Estado. La consecuencia de lo expuesto es que no cabe afirmar ni que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público tiene efecto prevalente o derogatorio, por ser posterior, de la Ley 24/2011, cuando existe discrepancia en la regulación, ni que juega un papel supletorio general y directo. Antes al contrario, el contenido de la Ley 34/2011 y el sistema conformado por los principios que la inspiran queda indemne frente a las disposiciones de la legislación de contratos.

5. Criterios de interpretación de la Ley 24/2011

Lo expuesto tiene consecuencias relevantes en el ámbito de la interpretación de los contratos comprendidos en la Ley 24/2011. Corresponde a la Administración hacerla.

La potestad de interpretación se extiende a todo el grupo normativo aplicable. No se limita a las cláusulas contractuales. Abarca a todas las normas jurídicas aplicables a este tipo de contratos. Ello comporta que, al ejercerla, la Administración puede desenvolver su labor hermenéutica no sólo sobre las cláusulas contractuales sino también sobre las disposiciones legales y reglamentarias de aplicación a los contratos.

Por otra parte, el ejercicio de la mencionada potestad está sujeta *mutatis mutandis* a las reglas hermenéuticas generales establecidas en el Código Civil; en particular, en los arts. 1281 ss. Ello comporta que el proceso de interpretación está encaminado a determinar la voluntad de las partes, esto es, su intención común. No tiene por finalidad, ni reconstruir, ni complementar la citada voluntad.

El hito inicial de toda interpretación está en el hecho de que el significado literal de los términos del contrato expresa la intención de las partes (art. 1281.1º Cc), sin que proceda “tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las



palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones” (art. 57 Ccom). Ese es el sentido del brocardo *in claris no fit interpretatio*.

Sólo en el caso de insuficiencia de la regla expuesta, resultan de aplicación las demás que previene el ordenamiento jurídico. Entran en juego cuando existe oscuridad. Y hay oscuridad cuando la literalidad de las cláusulas, bien no permite determinar el supuesto de hecho al que resulta aplicable, bien es incomprensible en todo sentido, bien genera una situación en la que no se sabe en qué forma serán operativas, bien no contempla directamente una regulación precisa para un supuesto de hecho concreto. No la hay por el mero hecho de que la cláusula sea difícil de leer, que pueda contradecir a otras, que presente lagunas, que se oponga a reglas de derecho dispositivo o que no se ajuste a previsiones legales nuevas.

Las reglas subsidiarias de interpretación de los contratos, contenidas en los arts. 1282 ss Cc, se han de aplicar conforme a los siguientes cánones hermenéuticos: el de totalidad, que obliga a hacer una interpretación sistemática de las cláusulas en relación con las otras del propio contrato (art. 1285 Cc); el de finalidad, que comporta que la interpretación debe ser la más adecuada para que el contrato produzca efectos (art. 1283 Cc); el de equivalencia, que implica que la duda debe ser resuelta, en el caso de los contratos onerosos, en favor de la mayor reciprocidad de intereses (art. 1289 Cc) y, finalmente, el de coherencia o interpretación normativa, que exige que la interpretación sea internamente homogénea.

Todos estos cánones tienen un límite de aplicación en la regla *contra proferentem*, contenida en el art. 1288 Cc que previene que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.

La regla *contra proferentem* tiene no obstante su ámbito propio. Viene delimitado por la existencia de una oscuridad causada por una de las partes. Cuando no la hay –como en los casos antes citados–, no opera. Y no existe oscuridad causada por una de las partes cuando la eventualmente existente deriva de la aplicación de las cláusulas contenidas en los pliegos de contratación. Por tanto, no es un mecanismo que resulte aplicable cuando la eventual oscuridad de las cláusulas es consecuencia de su integración con las previsiones legales y reglamentarias. Por otra parte, tampoco es un mecanismo de retorsión contra quien la estableció, que pueda utilizarse como técnica encaminada a menoscabar su posición jurídica en beneficio de la contraparte. Es técnicamente neutra.

La interpretación de los contratos comprendidos en el ámbito propio de la Ley 24/2011 debe hacerse conforme con los criterios expuestos.

6. Especialidades de la regulación en el ámbito de los contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

La regulación legal de los contratos del sector público en el ámbito contiene una serie de especialidades relativas a:



- A) La *capacidad y solvencia del empresario*. En concreto, las personas físicas o jurídicas de los Estados no miembros deben justificar mediante informe de la respectiva misión diplomática española que en ellos se permite la participación de empresas españolas en los procesos de licitación (art. 10). Se puede exigir a las personas jurídicas licitadoras de contratos de obras o suministros que indiquen en la oferta los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de la prestación (art. 11). Se amplían las prohibiciones para contratar, incluyendo entre ellas la falta de fiabilidad necesaria del empresario para excluir los riesgos para la seguridad del Estado (art. 12) y, en relación con la solvencia técnica y profesional, se puede exigir la aportación de documentación adicional (arts. 14 y 15).
- B) En materia de *preparación del contrato*, es de resaltar la obligación del órgano de contratación de especificar en el anuncio de licitación y en la documentación del contrato las medidas y exigencias necesarias para garantizar la seguridad de la información al nivel requerido y la posibilidad de exigir a los licitadores las correspondientes habilitaciones en materia de seguridad (art. 21), existiendo también reglas encaminadas a asegurar la seguridad del suministro (art. 22).
- C) En lo que se refiere a los *procedimientos de adjudicación*, la ley establece el procedimiento negociado con publicidad como el ordinario, sin necesidad de que concurran las causas justificativas previstas en la legislación de contratos públicos para su aplicación (art. 43), pudiendo tener carácter restringido o incluso prescindirse de la publicidad en determinados casos (art. 44). Además, se amplía el plazo máximo de los acuerdos marco –hasta los siete años–, salvo que concurran circunstancias excepcionales debidamente justificadas en razón de la vida útil de los equipos o instalaciones a entregar, en cuyos casos se podrá ampliar (art. 53).
- D) En materia de *subcontratación*, se previene, de una parte, que, al superarse los umbrales determinantes de la condición de contratos sujetos a regulación armonizada, el adjudicatario deberá cumplir determinadas reglas de publicidad y, de otro lado, que el órgano de contratación podrá asumir la potestad de excluir a un subcontratista elegido por el contratista (art. 62).

7. Negocios jurídicos excluidos de la Ley 24/2011

Cuestión de perfiles difusos es la relativa a los negocios jurídicos excluidos de la aplicación de la Ley 24/2011. Además de lo ya indicado sobre el art. 2, el 7 relaciona una serie de ellos. Son:

- A) *Los contratos que tengan un procedimiento de adjudicación específico regulado en normas internacionales*. En concreto, en alguno de los siguientes cuerpos normativos:
 - 1 Acuerdos, convenios o tratados internacionales celebrados entre España y uno o varios terceros Estados. También aquellos acuerdos, convenios o tratados internacionales celebrados entre España y otro u otros Estados miembros de la Unión Europea, por una parte, y por otro u otros terceros Estados por otra.



- 2 Acuerdos, convenios o tratados internacionales ya celebrados, relacionados con el estacionamiento de tropas.
- 3 Las normas de una organización internacional, cuando ésta adjudique contratos encaminados a dar cumplimiento a sus fines estatutarios, o se trate de contratos que España o un Estado miembro de la Unión Europea deba adjudicar de conformidad con dichas normas” (art. 7.1º. a).

La referencia a “acuerdos, convenios o tratados internacionales” hecha en los apartados anteriores denota que el procedimiento de adjudicación puede estar contenido en cualquier instrumento normativo internacional, con independencia de su denominación –tratado, canje de notas, memorando de entendimiento, convenio, etc.–. Ello plantea la cuestión de si, admitida la distinción entre tratados–norma y tratados contrato, estos últimos son medio adecuado para establecer un procedimiento de adjudicación. La conclusión debe ser afirmativa por cuanto, no obstante, su carácter singular, los denominados tratados contrato se insertan en el ordenamiento como auténticas normas.

Por otra parte, en la expresión legal quedan comprendidos los tratados internacionales y los acuerdos internacionales administrativos, pero no los acuerdos internacionales no normativos –al limitarse a contener declaraciones de intenciones– (Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y Acuerdos internacionales).

Los citados instrumentos han de prever un procedimiento de adjudicación específico, una reglamentación precisa. No basta la simple previsión de que se puede contratar. Es necesaria una regulación concreta.

En el caso del supuesto 2º de este ap. 1, los acuerdos deben referirse al estacionamiento de tropas, con independencia de quienes sean los Estados participantes. La noción de estacionamiento de tropas requiere el establecimiento de fuerzas de una manera estable, no meramente pasajera.

Se ha llamado la atención, por otra parte, sobre el hecho de que el supuesto 3º previsto no se acomoda a la interpretación de la Directiva hecha por la Comisión Europea. Esta considera que la adjudicación de un contrato por una organización internacional a un Estado miembro no está excluida de la directiva, salvo que el contrato esté financiado íntegramente por la organización internacional.

- B) *Los contratos que, de regirse por la Ley, “resultaría necesario revelar información contraria a los intereses esenciales de la Seguridad, o bien conforme al art. 346 TFUE, pudieran resultar perjudicados los intereses esenciales de la Defensa o la Seguridad Nacional”* (art. 7, ap. 1. b). Estos contratos han tener como objeto armas, municiones y material de guerra; en particular, las contenidas en la lista aprobada por el Consejo el 15 de abril de 1959, en interpretación del antiguo art. 296 del Tratado Constitutivo y hoy 346 TFUE.

El alcance del concepto indeterminado “intereses esenciales de la defensa y de la seguridad nacional” ha sido acotado con carácter general por el Gobierno mediante acuerdo.



En concreto, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015 que, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional novena de la Ley 24/2011, determinó las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa nacional y seguridad nacional.

No obstante, su apreciación y declaración específica en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, a los efectos de la exclusión del contrato de la Ley 24/2011, corresponde al Ministro de Defensa. Esa declaración debe estar motivada objetivamente pues la Comisión Europea puede requerir su justificación. A fin de asegurar su concurrencia y constancia, todos los contratos que se pretenda excluir de la Ley 24/2011 por aplicación de esta categoría están sujetos a un procedimiento especial [el procedimiento está contenido en la Instrucción 27/2018 antes citada. Requieren lo que se denomina “orden de proceder” y deben ir acompañadas de una memoria]. En él, se ha de verificarse un test de comprobación que se concreta en tres preguntas: ¿Qué interés de seguridad esencial está en juego?; ¿Cuál es la relación entre el interés de seguridad y la decisión específica de contratación? Y ¿Por qué la inaplicación de las directivas de los contratos son necesarias en este caso específico?. A través de este test se persigue comprobar el denominado análisis de proporcionalidad; esto es, examinar si el objetivo perseguido no se puede alcanzar mediante otras medidas menos restrictivas u otras alternativas.

Algún autor ha cuestionado la opción de acotar el concepto llevada a cabo con carácter general por el Gobierno –en virtud de lo ordenado la disposición adicional novena de la Ley– y se ha planteado si hacerlo no comporta revelar nuestros intereses nacionales frente a terceros con aviesas intenciones.

La exención definida en este apartado no comprende las denominadas contrapartidas indirectas no militares (*offsets*) que se suelen conceder a los compradores de equipos militares por parte de los Estados vendedores.

La Comunicación interpretativa COM (2006) 779, de 7 de diciembre de 2006 dice que las “contrapartidas (*offsets*) son compensaciones que muchos gobiernos exigen a los proveedores de material de defensa no nacionales como condición para la adquisición de equipos militares. Estas compensaciones pueden abarcar una amplia gama de actividades: las contrapartidas directas están directamente relacionadas con el objeto del contrato público; las indirectas no lo están y pueden ser de carácter civil o militar.

C) *Los contratos destinados a actividades de inteligencia, incluidas las actividades de contrainteligencia.*

Por inteligencia debe entenderse inteligencia militar, esto es, la obtención, evaluación e interpretación de información con valor, presente o futuro, para las operaciones de planeamiento y ejecución de las operaciones militares en cualquiera de los dominios –terrestre, marítimo, aéreo, espacial, cibernético, magnético o cognitivo–.

La exclusión sólo opera respecto de contratos vinculados con las áreas de defensa y seguridad, cualquiera que sea el poder adjudicador, tanto civil como militar. Por consiguiente, los demás contratos destinados a actividades de inteligencia concertados por los



poderes adjudicadores definidos en la ley pero no vinculados con dichas áreas se someten al régimen general de contratación. En todo caso, las agencias y organismos que lleven a cabo estas actividades nunca pueden utilizar la excepción legal de manera genérica.

D) *Los contratos incardinados en programas de cooperación basados en I+D (investigación y desarrollo); en concreto, los adjudicados en el marco de un programa de cooperación basado en la investigación y el desarrollo de un nuevo producto y, en su caso, también relacionados con el ciclo de vida del mismo o partes de dicho ciclo, siempre que participen en el programa al menos dos Estados miembros de la Unión Europea.* La aplicación de esta excepción requiere la concurrencia de, al menos, dos Estados miembros, sin perjuicio de la participación de otros terceros ajenos a la Unión.

El programa de cooperación puede ser gestionado por uno de los Estados miembros –Nación líder– o por una organización internacional, pero no por el tercer Estado.

Al interpretar este supuesto, el Ministerio de Defensa ha señalado en la Instrucción 27/2018 que “no es lo mismo I+D que “nuevo producto”. Según la Comisión, es requisito necesario que exista una fase I+D, pero lo relevante es el desarrollo de un nuevo producto. Esto significa que las compras de equipos que ya existen en el mercado no podrían ser objeto de esta exclusión, aunque se realicen adaptaciones técnicas a los mismos”.

Esta interpretación es acorde con el concepto I+D+i (investigación, desarrollo e innovación) contenido en la Directiva 2014/24/UE –considerando 47– y que comprende la investigación fundamental, la investigación aplicada y el desarrollo experimental.

E) *Los contratos hechos en zonas de operaciones de un tercer Estado; esto es, los adjudicados en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea para efectuar compras, incluidas las de carácter civil, cuando las Fuerzas Armadas estén desplegadas fuera del territorio de la Unión y las necesidades operativas hagan necesario que estos contratos se concluyan con empresarios situados en la zona de operaciones. A los efectos de la Ley, se entienden incluidos en la zona de operaciones los territorios de influencia de ésta y las bases logísticas avanzadas.*

Estos contratos se tramitan conforme con lo establecido en la disposición final primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.

Esta excepción resulta de aplicación a toda clase de contratos –civiles o públicos– cuando el territorio fuera de la Unión en el que se celebran es el de un tercer Estado no miembro de ésta y en él se despliegan las Fuerzas Armadas.

La excepción no ampara los contratos hechos en territorios de Estados miembros que no forman parte del territorio de la Unión.

Hay que resaltar que el texto legal se refiere a territorios en los que las Fuerzas Armadas estén desplegadas, frente al supuesto antes considerado que hablaba de estacionamiento de tropas. Si respecto de este último se requería una cierta estabilidad en la ocupación, no es precisa en el caso del despliegue.



- F) *Los contratos que tengan por objeto la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes.*
- G) *Los contratos de servicios de arbitraje y de conciliación.*
- H) *Los servicios financieros, exceptuando los servicios de seguro.*
- I) *Los contratos de trabajo.*
- J) *Los servicios de investigación y desarrollo en ciertas circunstancias; en concreto, los que son distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al órgano de contratación para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el órgano de contratación remunere totalmente la prestación del servicio.* Esta exclusión se ha justificado en que no son en puridad contratos sino convenios, distinción extraordinariamente lábil si no confusa. La justificación dicha debe ser rechazada, pues siendo los servicios retribuidos han de calificarse necesariamente como contrato.

La aplicación de la excepción requiere la concurrencia de dos requisitos: que los beneficios no pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad (beneficios y riesgos compartidos) y que el servicio prestado no sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador sino que sea cofinanciado.

El Ministerio de Defensa afirma, por otra parte, y sin mayores fundamentos, que “a diferencia de los programas de cooperación basados en I+D con otros estados miembros, esta exclusión de servicios de I+D se limita únicamente a servicios de I+D en esta fase de investigación. Si hubiera otras fases posteriores de producción, adquisición u otras relacionadas con su ciclo de vida, se deberá (*sic*) aplicar las normas comunes contenidas en la Ley 9/2017 o 24/2011, en su caso atendiendo al objeto y finalidad del contrato” [así se dice en la Instrucción 27/2018, anexo I.15].

El indicado parecer no se considera correcto. La diferencia entre estos servicios y los contratos derivados de programas de cooperación de I+D antes señalados está en los distintos requisitos exigidos en cada caso. No existe además fundamento alguno para limitar la aplicación de la exención a la fase de investigación.

- K) *Los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno y que tengan por objeto ciertas prestaciones.*



8. Negocios jurídicos excluidos y su régimen jurídico supletorio

Cuestión también debatida es si a los contratos excluidos relacionados en el art. 7 Ley 24/2011 les resulta de aplicación supletoria, bien la regulación contenida en ésta, bien la general de la contratación pública.

No puede darse una respuesta unitaria. Si son incardinables en la excepción contenida en la letra a) ap. 1, la conclusión debe ser negativa, pues, al fundarse en normas de derecho internacional, la integración ha de hacerse conforme con éstas, orillando las atinentes a la Ley 24/2011 y a la contratación pública.

Conclusión igual de tajante no puede alcanzarse respecto de los demás supuestos contemplados en el precepto. En atención a su regulación convencional específica y a las concretas circunstancias de cada uno, podrá determinarse si resulta procedente la aplicación supletoria, en primer término, del grupo normativo de los contratos de defensa y seguridad y, sólo en último caso y ante la insuficiencia de éste, de la regulación general de la contratación del sector público.

9. El arbitraje y la Ley 24/2011.

La Ley 24/2011 excluye de su ámbito de aplicación a los “servicios de arbitraje y conciliación” (art. 7.1º.h). Esta mención suscita la cuestión de si el arbitraje es instrumento apto para resolver disputas relativas dimanantes de los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación.

La respuesta a esta cuestión está en función de la calificación atribuida a los contratos en el ámbito de la defensa y seguridad.

Si se los concibe como simples contratos públicos –primordialmente administrativos– sujetos a un régimen especial, la respuesta es negativa. Conforme con un criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario y ante el silencio de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público sobre la cuestión –frente al texto refundido de la Ley de 2011–, se dice que no es posible encomendar al arbitraje la resolución de disputas, salvo que verse sobre materias disponibles. Y la razón está en que la Administración está sujeta a los principios legalidad y actuación al servicio del interés general. Sólo cabría exceptuar los contratos celebrados con empresas extranjeras de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 9/2017.

Sin embargo, como se ha dicho, los contratos de defensa y seguridad no son simples contratos públicos con un régimen especial. Tienen sustantividad propia. Su grupo normativo es autónomo del de la contratación pública. Y la supletoriedad de éste es de segundo grado. Sólo actúa cuando no es posible integrarlo mediante la aplicación de normas o principios propios. Así las cosas, el silencio de la Ley 9/2017 –que por otra parte no es prohibición sino silencio– no es un elemento impeditivo para la admisión del arbitraje.



Es más, la referencia contenida a los servicios de arbitraje en el art. 7.1º.h) Ley 24/2011 resulta anómala e injustificada si no fuera posible hacerlo. Cuando la norma excluye los servicios de arbitraje de su ámbito de aplicación está partiendo de la premisa de que el arbitraje es un instrumento adecuado para resolver disputas en relación con los contratos de seguridad y defensa. Si no fuera así, la mención contenida en la norma –especial y objeto acotado– carecería de sentido.

Cuestión distinta es la relativa al ámbito de aplicación de la institución arbitral. Parece ilimitada en el caso de contratos con empresas extranjeras –por ser criterio general de nuestro derecho– y más restringido en el de los contratos celebrados con las nacionales, pues queda ceñido a las materias que sean disponibles para la Administración.

La distinción apuntada tiene además consecuencias de procedimiento. En el primer caso, se puede orillar la aplicación de la Ley General Presupuestaria que exige el dictamen del Pleno del Consejo de Estado y la aprobación del Consejo de Ministros mediante Real Decreto. No así en el segundo.

La admisibilidad del arbitraje en todo caso resulta plena si se trata de los contratos a que se refiere el art. 7 Ley 24/2011.

II. LOS CONTRATOS GOBIERNO A GOBIERNO

1. Concepto

SE denominan contratos gobierno a gobierno a los celebrados entre el Gobierno de España y un gobierno extranjero cuyo objeto sea: “1º) El suministro de equipo militar o equipo sensible. 2º) Los trabajos y servicios ligados directamente a tales equipos. 3º) Los trabajos y servicios con fines específicamente militares o las obras y los servicios sensibles.” (Ley 21/2011, art. 7.g).

La expresión “Gobierno a Gobierno” empleada por la ley es incorrecta. Responde al concepto anglosajón de Gobierno. Debe entenderse hecha a “Estado a Estado”. No obstante, en la presente nota, se utiliza la terminología legal.

Los contratos gobierno a gobierno son un remedo de los *Federal Military Sales* de los Estados Unidos, en los que se inspiran. No obstante ser un mero instrumento de fomento a la exportación de material de defensa, ha sido sustantivados como categoría independiente en el sistema contractual. En concreto, por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, como un mecanismo de “apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de defensa”.

La exposición de motivos dice que el instrumento de contratación de Gobierno a Gobierno tiene por objeto “dotar al gobierno de instrumentos eficaces, duraderos, flexibles y adaptables a las necesidades



de la demanda internacional” incorporando “al ordenamiento jurídico español instituciones tradicionales en el derecho comparado relativas a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación”.

La norma legal está desarrollada y completada por el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, y por la Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para su aplicación. La radical diferencia de concepción del sistema contractual americano y su auténtica naturaleza –una técnica de fomento– comporta que su concepto y régimen jurídico presente dificultades de inserción y engarce en el sistema contractual español. Además, la deficiente regulación contenida en las normas citadas hace que no constituya un corpus coherente y unitario. Algunos han pretendido superarlas calificándolos como instrumentos de colaboración público–privada.

No procede examinar ni los trámites precisos para que un gobierno de un estado Miembro de la Unión Europea pueda hacer uso de este instrumento, ni del procedimiento de articulación previsto en la legislación. Resulta pertinente abordar algunas cuestiones polémicas de su régimen.

2. Carácter contractual o normativo de los contratos gobierno a gobierno

Tras grandes dudas –que perviven en una minoría doctrinal–, hoy mayoritariamente se afirma que los contratos gobierno a gobierno son contratos internacionales y no tratados puesto que no se sujetan al Derecho internacional.

Por otra parte, están excluidos tanto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como de la Ley 24/2011 (art. 7.g). La exclusión está en consonancia con lo establecido en la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, suministros y servicios por entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de defensa y seguridad. El indicado precepto –el art. 7.g– es transcripción casi literal del ap. f) del art. 13 de la norma europea.

Ahora bien, el alcance de la exclusión no ha dejado de suscitar también dudas. En efecto, el citado art. 13, f) de la Directiva ha sido interpretado por no pocos muy restrictivamente; en concreto, se ha dicho que la noción de contrato gobierno a gobierno se ciñe a los casos de suministros o venta de material de defensa entre ellos; esto es, a los casos en los que quien vende y quien compra son los respectivos gobiernos, quedando excluidos los supuestos en los que la venta o suministro se produce directamente por las empresas fabricantes o suministradores a uno de aquellos.

Sobre la interpretación de la exclusión, puede verse la abstrusa Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos Gobierno a Gobierno en los ámbitos de la defensa y la seguridad (art. 13, letra f), de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de noviembre de 2016.



3. Estructura de los contratos gobierno a gobierno: relaciones horizontal y vertical

El esquema definido legalmente de los contratos gobierno a gobierno se articula en dos momentos sucesivos y en, al menos, dos relaciones contractuales, que el preámbulo de la Ley 12/2012 denomina relaciones horizontal y vertical: en el primero, el Gobierno de España celebra un contrato con el correspondiente gobierno extranjero; y en el segundo, el Gobierno de España celebra otro u otros con contratistas españoles para cumplir la prestación objeto de aquel. Lo hace “en nombre y representación, y por cuenta y riesgo” del gobierno extranjero (art. 8 Real Decreto 33/2014).

El contenido del contrato viene determinado en el art. 2 Real Decreto 33/2014, que dispone que “los contratos entre Gobiernos podrán recoger, entre otros, los siguientes extremos: a) Objeto del contrato entre Gobiernos. Prestaciones que se solicitan del Ministerio de Defensa. b) Foro judicial o arbitral competente para resolver las discrepancias entre las partes contratantes. c) Régimen jurídico al que quedará sometido el contrato. d) Financiación, garantías y calendario de situación de fondos. e) Medidas de control y seguimiento del contrato entre Gobiernos. Creación de una Comisión de Seguimiento y establecimiento de sus funciones. f) Vigencia del contrato. g) Causas de resolución del contrato. h) Creación de un Programa de Armamento y Material, en su caso. i) Creación de Oficina de Programa, si procede, su funcionamiento y liquidación. j) Creación de una Oficina de Apoyo a lo suministrado al país cliente, si procede, su funcionamiento y liquidación. k) Reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa. l) Aspectos financieros y tributarios, de conformidad con la normativa vigente. m) Todas las condiciones sobre los transportes. n) Modificaciones del contrato. o) Propiedad intelectual. p) Aportaciones de los Gobiernos. q) Aspectos de seguridad aplicables. En todo caso el contrato deberá recoger necesariamente su objeto, el foro judicial o arbitral, su régimen jurídico y la financiación, garantías y calendario. Además, en los contratos entre Gobiernos se podrá hacer constar que el Gobierno de España se reserva la facultad de resolución total o parcial del contrato entre Gobiernos por razones de interés público.

4. La relación horizontal del contrato gobierno a gobierno

El contrato gobierno a gobierno en sentido estricto, la denominada relación horizontal, se rige por las normas que las partes convengan, que no será el Derecho internacional. Si fuera este el aplicable, el contrato perdería su calificación de tal y se incardinaría en los tratados internacionales, con independencia de que se suscriban por los gobiernos –pues es insostenible decir que no son tratados por el hecho de ser suscritos por los gobiernos y no propiamente por los Estados–. Las partes pueden sujetar el contrato –tanto en su relación horizontal como vertical– no sólo a las convenciones pactadas sino también a un determinado Derecho interno –bien el propio de una de las partes, bien el de un Estado tercero– o, como es frecuente, a los principios comunes a la regulación propia de los firmantes.

En lo tocante a su contenido y ejecución, la regulación legal establece que el Ministerio de Defensa “podrá llevar a cabo las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrada al mismo de un determinado material de defensa” (art.



6), actividades que se detallan pormenorizadamente (art. 8.1º). En particular, entre estas, debe destacarse la posibilidad de contratar en nombre y representación de un gobierno extranjero, supervisar su ejecución y cumplimiento y recibir el objeto del suministro (art. 8.1º.a). Su ejecución y cumplimiento debe ser económicamente neutra para el Ministerio de Defensa [“En ningún caso supondrá coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa” (art. 8.2º Ley 12/2012)]. A tal fin, los costes y las responsabilidades asumidas por este Departamento en virtud del contrato celebrado con el gobierno extranjero deben estar suficientemente garantizadas por éste (art. 7 Ley 12/2012). Para ello, se prevé que el gobierno extranjero proceda a abrir unas *cuentas de situación de fondos* destinados a financiar la adquisición del material de defensa y a garantizar las eventuales responsabilidades en que pudiera incurrir el Ministerio de Defensa. Su apertura, gestión y administración corresponde a este Departamento (art. 12 Ley 12/2012, art. 12 y art. 5 Real Decreto 33/2014). La transferencia de propiedad de los bienes y servicios pactados se realiza directamente desde el contratista al gobierno extranjero (art. 9 Ley 12/2012).

5. La relación vertical del contrato gobierno a gobierno

Los contratos celebrados con las empresas nacionales, por su parte, se rigen en primer término por las disposiciones del contrato suscrito entre el Gobierno de España y el extranjero; en segundo lugar, por lo establecido en la Ley 12/2012, y, en tercer lugar, por la regulación vigente en materia de contratos del sector público (art. 11.1º Ley 12/2012). En particular, habida cuenta el contratante –el Ministerio de Defensa–, las reglas aplicables serán las establecidas para los contratos administrativos.

6. Calificación jurídica del contrato gobierno a gobierno

A) El contrato entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero (relación horizontal)

El contrato celebrado entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero se califica de negocio jurídico de mandato en el preámbulo de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre. Algún autor ha dicho que se inspira en él, aunque con modificaciones relevantes (Santos Sánchez, 2018 184).

La citada calificación resulta insuficiente. No se trata de un mandato. Es un contrato con un régimen jurídico especial, singular, con perfiles propios, en el que se imbrican de manera inescindible elementos del mandato, del contrato fiduciario y del apoderamiento.

El contrato participa de algunas características del mandato, pero no puede incardinarse en él. En su virtud, el Gobierno de España se obliga frente al gobierno extranjero a realizar unas labores y, entre ellas, la de concertar con las empresas españolas, “en nombre y representación, y por cuenta y riesgo” de dicho gobierno foráneo, los contratos necesarios



para la ejecución de la prestación debida. En otros términos, está obligado, como mandatario, a dirigirse a terceros.

En los términos definidos, el contrato rebosa el marco estricto de mandato, que ciñe las relaciones a una situación interna entre el mandante y mandatario. Del simple mandato no pueden derivarse relaciones jurídicas entre el mandante, como dueño del negocio, y los terceros extraños. Si lo hacen, estas nacen del apoderamiento y de la representación, jurídicamente distintas de aquél, dando lugar al negocio mixto de mandato representativo directo.

En el caso examinado, las citadas relaciones externas surgen, se dan. La Administración actúa en relación con terceros –las empresas españolas–, generando, modificando y extinguiendo relaciones jurídicas. Lo hace en nombre y representación (*representación directa*) del gobierno extranjero, según la disposición reglamentaria de desarrollo (art. 8.2º Real Decreto 33/2014), aunque tal manifestación tampoco es tan absoluta como ésta quiere.

Cuestión aneja a lo señalado es la atinente si la representación directa asumida por el Ministerio opera *ipso iure* en virtud de una previsión legal, de la previsión reglamentaria que así lo afirma o si debe ser expresamente conferida por el gobierno extranjero. La respuesta adecuada es esta última. A la vista de la regulación aplicable, el apoderamiento debe estar expresamente conferido por parte del gobierno extranjero, bien en el propio contrato como cláusula representativa, bien en virtud de un acto de apoderamiento expreso. No opera en virtud de disposición legal por cuanto la Ley 12/2012 no establece que los contratos suscritos por el Gobierno de España con las empresas españolas lo son en nombre y representación de otro extranjero. No hay una atribución legal de dicha representación. Ni su art. 11 ni ningún otro lo hace. Es cierto que el precepto citado lleva por rúbrica “Contratos en nombre y representación de un Gobierno extranjero” pero de ello no se puede deducir la atribución. Las rúbricas legales, ni son normas jurídicas, ni tienen fuerza de ley.

Es el art. 8.2º Real Decreto 33/2014 el que dispone que el Ministerio de Defensa suscribe los contratos en nombre y representación del gobierno extranjero. Ahora bien, este precepto tampoco previene una atribución expresa de dicho apoderamiento a favor del Departamento. A ello ha de sumarse que una norma reglamentaria no es instrumento adecuado para hacerlo.

Así las cosas, el simple contrato –sin atribución expresa de apoderamiento– no habilita a la Administración para celebrar los contratos con las empresas españolas como representante directo del gobierno extranjero. Si lo hace, la Administración asume la condición plena de contratante en nombre propio.

Por otra parte, el contrato no se agota en la categoría de mandato representativo directo. Hay otros rasgos que lo perfilan.

El Ministerio de Defensa se obliga a celebrar contratos –que son públicos– con empresas españolas para el cumplimiento de la entrega del material de defensa. Y, como se ha dicho, lo hace en nombre y representación del gobierno extranjero y por su cuenta y riesgo según la previsión reglamentaria. Sin embargo, tal manifestación es una mera manifestación voluntarista que no refleja la realidad.



En puridad, los contratos concertados con las citadas empresas lo son, al tiempo, por el Departamento citado como Administración contratante y al tiempo, en nombre y representación de un gobierno extranjero. La condición de Administración contratante del Ministerio se acredita por el hecho de ejercer, además de los derechos y facultades reconocidos al gobierno extranjero, las potestades y prerrogativas inherentes a la contratación pública. Estas potestades son intransferibles y sólo se pueden ejercer en nombre propio por la Administración. Si la relación entre los gobiernos fuera exclusivamente incardinable en un contrato de mandato representativo directo, los suscritos por el Ministerio con las empresas españolas lo serían en realidad con el gobierno extranjero. Y ello, de un lado, configuraría como poder adjudicador conforme con la legislación de contratos del sector público a un gobierno extranjero, situación a todas luces anómala y, de otra parte, impediría al Ministerio de Defensa el ejercicio de las potestades y prerrogativas reconocidas a la Administración pues no intervendría en la relación contractual con tal carácter.

La posición del Ministerio de Defensa en estos contratos no es la del mandatario representativo directo. El Departamento es quien contrata con las empresas españolas. Cuestión distinta es que lo haga por cuenta y riesgo del gobierno extranjero; incluso que lo haga en nombre de éste. Ahora bien, esta titularidad no agota la propia, pues no es exclusiva.

Con arreglo a la legislación de contratos públicos, el Ministerio de Defensa es el poder adjudicador-Administración pública que se erige en parte en la relación contractual y ejerce las prerrogativas, derechos y facultades que se derivan de esa condición. Es una parte instrumental, materialmente fiduciaria, pues actúa por cuenta del gobierno extranjero y aún en su representación. Pero su condición instrumental no orilla su titularidad respecto de las relaciones integradas en el acervo contractual. No de todas, pero sí de muchas. Baste un botón de muestra: el art. 11.5º Ley 12/2012 establece que, en los casos en los que, “conforme al ordenamiento jurídico español, en el ejercicio de las actuaciones (objeto del contrato), el Ministerio de Defensa sea responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a terceros como consecuencia directa de una orden dada o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por aquél para el suministro de fabricación, las indemnizaciones por daños y perjuicios se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero”. En otros términos, reconoce la responsabilidad del Departamento, como auténtica Administración contratante –y no el gobierno extranjero– por los daños irrogados a terceros, situación esta inadmisibles si fuera un mero representante directo del gobierno extranjero. La posición del Ministerio no puede explicarse diciendo que la responsabilidad del mandante se atribuye al mandatario. La del Ministerio es propia, directa, según las previsiones legales. Y estas previsiones no pueden quedar orilladas por acuerdo convencional. Sólo se produciría el desplazamiento de las normas que la establecen si el contrato gobierno a gobierno fuera un tratado internacional. Pero ya se ha dicho que no lo es. Así las cosas, la relación contractual horizontal –gobierno a gobierno– no puede incardinarse en el mandato; ni aún en el mandato representativo directo. Al formalizar un contrato gobierno a gobierno, las partes buscan una finalidad distinta de la propia del mandato. La relación tiene tintes diversos, propios, singulares, que permiten calificarla de negocio parcialmente fiduciario (*fiducia cum amico*), en los términos clásicos del concepto.



De lo dicho se debe concluir que la posición del Ministerio de Defensa en el contrato no es la de un mandatario del gobierno extranjero que actúa en su nombre y representación y por su cuenta y riesgo. El Departamento es parte en una relación contractual bi-fronte o dual. Es auténtica parte en el contrato celebrado con el gobierno extranjero, pero lo es también, en unos términos que exceden la posición jurídica propia del mandatario representativo directo y del apoderamiento, en los suscritos con las empresas españolas. En estos es auténtica parte contratante –y no el gobierno extranjero–; auténtico poder adjudicador por emplear la terminología de la legislación pública de contratos. Se trata de una titularidad con acentuados tintes formales respecto de algunas de las facultades propias del acervo contractual; de una titularidad instrumental en relación con otras y, en fin, de una titularidad plena en lo tocante a un tercer grupo de ellas.

El carácter complejo de la relación contractual gobierno a gobierno se hace patente en la cuestión relativa a la propiedad del material de defensa objeto del contrato.

La regulación dice que la Administración española no asume la posición de vendedora o suministradora del material de defensa que constituye su objeto. Son las empresas las que venden o suministran. Y lo hacen directamente. Esta condición se ve afirmada tajantemente al disponer que dicho material no pasa a formar parte en ningún momento del patrimonio de las Administraciones Públicas y que la condición de exportador sólo se predica de las empresas españolas. Ahora bien, la rotunda afirmación legal se ve modulada por la asunción de la responsabilidad por el Ministerio antes señalada –que es fruto de actos propios y no del mandante– y por el hecho de ser éste quien recibe del suministro y ulteriormente la entrega al gobierno extranjero (Ley 12/2012, art. 8.1º.a) *in fine*). Es precisamente esta última entrega (*traditio*) la que transfiere la propiedad al adquirente último. Hay en la actuación del Ministerio de Defensa una actuación que excede la propia del mandato y la incardina –no sin matices– en la figura del indicado negocio fiduciario.

No es óbice a lo dicho, es decir para afirmar la condición fiduciaria de la Administración española, que el material vendido no se integre en el patrimonio de las Administraciones públicas. Tal afirmación lo único que quiere significar es que no se integra en el patrimonio general de éstas; que constituye un patrimonio separado, finalista, cuyo destino es ser transmitido al gobierno extranjero como destinatario último.

De cualquier manera, la peculiar posición de la Administración tiene consecuencias jurídicas. Frente a los esfuerzos del reglamento de garantizar su indemnidad, la Administración queda vinculada a los efectos de responsabilidad por incumplimientos defectuosos de la prestación –por no reunir las cualidades pactadas, por no alcanzar los montantes convenidos, etc.–, por los vicios ocultos o incluso por evicción del material entregado. Y queda por cuanto no es un tercero ajeno al contrato de compraventa o suministro del material. Su intervención la hace corresponsable frente gobierno extranjero, pues, además de su posición fiduciaria en la relación contractual, se erige en el sistema como garante del cumplimiento de las obligaciones contractuales (Ley 12/2012, art. 8.1º.b).

La naturaleza internacional del contrato permite establecer libremente a las partes tanto el Derecho aplicable como el mecanismo para la resolución de conflictos –jurisdicción o arbitraje–.



El Derecho aplicable al contrato gobierno a gobierno en sentido estricto –relación horizontal– será el concertado por ambas partes de común acuerdo. Puede ser el de un tercer Estado –como ocurrió en el caso de la adquisición de once aviones Mirage en 1994 a Catar–; el derecho interno de uno de los contratantes, bien el que adquiere el material de defensa, bien el que promueve su exportación.

Este es el generalmente impuesto por los Estados Unidos, hasta el punto de ser un elemento esencial y cuasinormativo. *Vid.*, sentencia de 10 de julio de 2008, del Tribunal Federal de Distrito de Columbia, caso *Heroth v. Arabia Saudi*.

En lo tocante al Derecho aplicable, resta por examinar una cuestión: el efecto obligatorio de las previsiones contenidas en la Ley 12/2012 y en el Real Decreto 33/2014 respecto de las partes. Dejando a un lado el caso de que estas las incorporen o llamen expresamente como acervo regulador del contrato, su efecto obligatorio o vinculante opera sólo para la Administración española. Las normas citadas –tal y como están concebidas– se configuran como obligatorias, de derecho cogente, para el Ministerio de Defensa, pero no para el gobierno extranjero. El Gobierno español ha de tratar de observarlas e imponerlas a la hora de convenir. Sin embargo, es desconocer la realidad pensar que dicha observancia o imposición va a operar en todos los casos. El Legislador español ha aprobado la regulación constriñendo el margen de maniobra de la Administración, frente a lo observado por otros Estados en donde no existe una disciplina de los contratos gobierno a gobierno para poder adaptarse más fácilmente a las diferentes situaciones y cambiantes circunstancias.

No obstante, en el caso patológico de que el contrato gobierno a gobierno suscrito –relación horizontal– no se acomode a la regulación española, sería válido frente al sujeto extranjero. La infracción de esa regulación no será oponible, ni frente al gobierno foráneo, ni eventualmente frente terceros; en especial, no lo será la vulneración de las reglas que disciplinan el expediente de contratación.

Las partes pueden determinar libremente el foro judicial o arbitral competente para resolver las disputas que pudieren surgir. También aquí podrá ser el foro de uno de los Estados contratantes o de un tercero, sin que su elección predetermine el Derecho aplicable al fondo de tal suerte que puede existir una desligazón entre uno y otro. Y, respecto del arbitraje, nada impide ni establecerlo como instrumento de resolución de conflictos ni convenir su administración a una Corte o a uno *ad hoc*.

El arbitraje tiene plena operatividad en este tipo de contratos. El convenio arbitral incorporado se regirá por sus propias determinaciones y el derecho que las partes hayan convenido a los efectos de determinar su validez y extensión. En el caso de afectar a derechos económicos de la Administración –incluso en el caso expuesto de patrimonio separado–, no resulta de aplicación el art. 7.3º de la Ley General Presupuestaria, que exige la autorización del Consejo de Ministros –acordada mediante Real Decreto– y el previo dictamen del Consejo de Estado. La razón está en la índole internacional del contrato.

La regulación dispone que la financiación precisa, depositada en la cuenta de situación, será condición necesaria para la ejecución de los contratos celebrados con las empresas españolas. Ahora bien, esta condición no es aplicable al contrato gobierno a gobierno



–relación horizontal–. Por consiguiente, la Administración está obligada a cumplir las prestaciones pactadas aunque no existan fondos con que afrontar sus costes si el contrato se ha suscrito y no hay condición expresa suspensiva de su eficacia hasta que se lleve a cabo la dotación financiera.

B) Los contratos con las empresas españolas (relación vertical)

Los contratos celebrados por el Ministerio de Defensa con las empresas españolas para el cumplimiento de la prestación pactada en el contrato con el gobierno extranjero no están comprendidos en el ámbito de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad. Y ello porque no se trata de adquisiciones de material de defensa hechas por dicho Departamento para sí. Su adquisición es meramente instrumental como se ha señalado antes.

Estos contratos tienen por partes, de un lado, al Ministerio de Defensa, auténtico poder adjudicador contratante, con independencia de que lo haga por cuenta y riesgo del gobierno extranjero, en su nombre e incluso en su representación. Como se ha dicho, el Departamento no es un mero representante del gobierno foráneo. Por ello, quedan sujetos, *pars rationis*, a la regulación de los contratos públicos. En concreto, la Ley 12/2012 dispone que, “sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato suscrito entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, y en todo lo no previsto en este Título, la celebración de contratos para la ejecución de las actuaciones previstas en el ap. 8.1, se regirá por la normativa vigente en materia de contratos del sector público”.

La aplicación de la regulación en materia de contratos públicos procede en todos los contratos que suscriba el Ministerio de Defensa en ejecución de contratos gobierno español a gobierno extranjero; incluso, cuando el gobierno extranjero no lo es de un Estado miembro de la Unión Europea, pues la citada regulación obliga al Departamento. Y lo es –frente a lo expuesto anteriormente en relación con los negocios excluidos de la Ley 24/2011– por la previsión legal trascrita.

Pese al tenor literal del precepto, la aplicación obligada de la citada regulación en materia de contratos públicos es la relativa no sólo al procedimiento de selección del contratista y de celebración del contrato sino también a su modificación. Las normas reguladoras de ésta, que traen causa directa de las normas europeas, son de obligado cumplimiento para el Ministerio de Defensa. Por consiguiente, el margen de la autonomía de la voluntad de las partes para establecer previsiones en relación con estos contratos está limitado a previsiones, bien ajenas a dichos ámbitos, bien complementarias –pero acordes– con ellas. No pueden orillar las previsiones legales. En otros términos, invocando la relación horizontal, el Ministerio no puede alterar las prescripciones de la legislación de contratos públicos, pues aquella no tiene el carácter de instrumento normativo apto para desplazarla.

Los contratos suscritos con las empresas nacionales serán, en principio, contratos administrativos, al ser la Administración contratante –el Ministerio de Defensa– un poder adjudicador que tiene la consideración de Administración pública conforme con las



previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Esta calificación es disponible para las partes en el contrato Gobierno español y gobierno extranjero.

Por otra parte, los contratos celebrados con las empresas nacionales están sujetos diversas especialidades de régimen jurídico, atinentes a la tramitación del expediente de contratación, a las garantías financieras, a la imposición de penalidades por demora y al régimen de responsabilidades, contenidas en la regulación aplicable tan citada a la que procede remitirse.

Los contratos celebrados por el Ministerio de Defensa con las empresas nacionales tienen el carácter conexos o dependientes del principal suscrito entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero. Son independientes de éste, pero están en una relación de subordinación con él. Ello comporta que las eventuales ineficacias e invalideces referidas al principal puedan afectar a los dependientes, si bien su alcance debe determinarse en cada caso concreto. Y con independencia de las causas resolutorias o de invalidez que puedan predicarse de los contratos suscritos con las empresas. La situación de estos contratos es análoga, *mutatis mutandis*, a la existente entre un contrato de servicios de dirección de obras y el contrato de obras suscrito para su ejecución. En todo caso, la extinción del contrato gobierno a gobierno –relación horizontal– comportará la de los dependientes.

La regulación contempla que “en los contratos entre Gobiernos se podrá hacer constar que el Gobierno de España se reserva la facultad de resolución total o parcial del contrato entre Gobiernos por razones de interés público” (art. 3.3º Real Decreto 33/2014), debiendo definirse en el documento contractual las causas y los efectos de dicha resolución (art. 3.3º Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo).

La facultad de resolver atribuida al Ministerio de Defensa se predica de ambas relaciones, la horizontal y la vertical, si bien en el primer caso su validez y eficacia dependerá de estar incorporada, expresamente o por remisión, al contrato. En caso de faltar, la facultad de resolver del Departamento no es oponible frente al gobierno extranjero.

La obligación de especificar las causas en el documento contractual respecto de ambas relaciones establecida en la orden ministerial citada no resulta adecuada, pues constriñe innecesariamente el margen de actuación del Departamento. Y la determinación –contenida en el art. 3.3º de la mencionada Orden ministerial– de que el citado documento fije los efectos de la resolución es *ultra vires* en relación con los contratos suscritos con las empresas nacionales si lo que pretende es establecer unos efectos distintos a los señalados en el contrato entre los gobiernos los determina o a los fijados en la ley. A falta de previsión específica en aquel y dado que ni la Ley 12/2012 ni tampoco el Real Decreto 33/2014 determinan el alcance de los efectos resolutorios, ha de estarse a las previsiones de la legislación de contratación pública; es decir, los efectos serán los fijados por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para cada caso, sin que el Ministerio pueda modularlos o modificarlos convencionalmente. Una previsión del correspondiente pliego o contrato que así lo hiciere sería nula. Por otra parte, el contrato gobierno a gobierno –relación horizontal– tampoco puede modificar los efectos de la resolución de los contratos suscritos por el Ministerio de Defensa con las empresas nacionales –relación vertical–. En principio, dicho contrato –al



no ser un tratado internacional— no está habilitado para modificar el contenido legal o reglamentario previsto.

La ejecución de los contratos con empresas españolas está supeditada, como condición necesaria, a la existencia de los fondos necesarios para financiar la adquisición de material de defensa (art. 3.4º Real Decreto 33/2014). Conforme con esta previsión, en apariencia, los contratos podrían celebrarse y adjudicarse pese a la inexistencia de dichos fondos. La condición operaría simplemente respecto de su ejecución. En otros términos, la provisión de fondos no sería ni un presupuesto, ni un requisito del contrato. No sería necesaria su existencia ni para su licitación (*presupuesto*), ni para su adjudicación y formalización (*requisito*).

Sin embargo, no debe alcanzarse tal conclusión, a la vista de la regulación contenida en la Ley 12/2012 (art. 11.2º). Esta requiere la incorporar al expediente de contratación el documento acreditativo de la disponibilidad de los fondos necesarios para la adquisición de un compromiso de gasto, emitido por la entidad de crédito en que esté situada la cuenta de situación. Sin él, los contratos no pueden celebrarse. En consecuencia, la previa existencia de fondos no es técnicamente una condición para la ejecución del contrato —como dice la disposición reglamentaria— sino un presupuesto para su concierto.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL MARTINEZ, K., “Los contratos gobierno a gobierno en materia de defensa” en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 17, año 2014
- ALFONSO MEIRIÑO, A., “Políticas alternativas de la UE a la exención del art. 346 del TFUE”, *La contratación y el art. 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea* (Documento de trabajo 02/2017, del Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN).
- AVENTIN FONTANA, V., “Actualización del “test de aplicabilidad” del art. 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el contexto normativo y jurisprudencial actual”, *La contratación y el art. 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea* (Documento de trabajo 02/2017, del Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN).
- CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J.A., *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector público: enfoque científico práctico*, Madrid, 2022.
- GONZÁLEZ BARRAL, J.C., “Art. 223.i.b (296) del TC. Y la Ley 53/1999, de Contratos de las Administraciones públicas” en *Privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídico-militares*. II Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la Defensa, Madrid, 2000.
- HUERTA BARAJAS, J.A., “El artº 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa”, *La contratación y el art. 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea* (Documento de trabajo 02/2017, del Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN).
- LAZO VITORIA, X., “La contratación pública en los ámbitos de la defensa y la seguridad” en *Observatorio de la contratación pública*, publicado el 12 de diciembre de 2011.



LAZO VITORIA, X., “Los mercados públicos sobre defensa y seguridad en el mercado europeo” en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 82, pp. 99 y ss.

LOZANO CUTANDA, B., “Proyecto de ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad” en Gómez-Acebo y Pombo, *Análisis-Contratación pública*, abril, 2011.

SANTOS SÁNCHEZ, D.J., “El contrato gobierno a gobierno ¿una regulación eficaz?” en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 109 y 110. Madrid, 1998, pp. 147 ss.

SANZ SANZ, A.L. y DIEZ DE ULZURRUN, E., “Capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y seguridad”; *La contratación y el art. 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea* (Documento de trabajo 02/2017, del Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN).

ZOTO ALVARADO, J.L., *Los contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y seguridad. La creación de un nuevo sector excluido de las normas generales de contratación*, Zaragoza, 2014.

Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa, pues su contenido excede con mucho lo que es una Instrucción y contiene una interpretación completa del régimen jurídico aplicable a los contratos.



Contratos en el ámbito de investigación, el desarrollo y la innovación

I. INTRODUCCIÓN

LA actividad de la contratación pública implica un conjunto de relaciones con el fin de que las entidades públicas se provean de obras, suministros y servicios. Hasta la llegada de los recursos especiales ante tribunales administrativos de recursos contractuales en el año 2013 existía una grave desproporción en la resolución de conflictos en la fase de preparación y adjudicación del contrato. Ello porque pocos eran los recursos que en esas fases se solventaban de una manera ágil, profesionalizada y fiable. De casi no existir estimaciones respecto a las impugnaciones se pasó a altos porcentajes de estimaciones (40%–60%). Esta circunstancia a buen seguro fue útil para atraer a más empresas y generó, ante el aumento de impugnaciones, una percepción positiva sobre el control de la legalidad a través de la interposición de recursos especiales como medio alternativo a los recursos administrativos ordinarios o judiciales. Dicho de otro modo, recurrir y pretender resultar adjudicatarios de un contrato no era un binomio usualmente admisible*.

Sin embargo, en la actualidad, el número de recursos ha crecido exponencialmente, alcanzando cifras de miles. Los criterios de los tribunales administrativos de recursos contractuales ya no resultan unívocos, los medios humanos disponibles son insuficientes y los profesionales encargados de resolver estos recursos a menudo no garantizan los estándares necesarios de experiencia y profesionalización como, por ejemplo, una experiencia importante en contratación pública. Además, la agilidad en la resolución de los recursos se ha visto comprometida, pasando de los pocos días establecidos por la norma a más de un año en numerosos casos. También comienza a surgir la crítica de un desequilibrio a favor de la Administración Pública frente a los recurrentes, apoyado en la discrecionalidad técnica, lo que se traduce en una falta de profundización en cuestiones técnicamente complejas. Todo ello hace necesaria una reflexión sobre el posible agotamiento del modelo actual.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto «Biometría, Derecho administrativo y Datos -BIODATA», PID2021-125170NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa.



Pero especialmente, la limitación del sistema de recurso especial radica en que solo se dirige al control de la actividad de la contratación pública en las fases de preparación y adjudicación del contrato. Así, en lo que respecta a la ejecución del contrato, actualmente no existe la posibilidad de acudir al recurso especial en esta fase, salvo para combatir modificaciones que encubran nuevas adjudicaciones directas ilegales.

Estas limitaciones ponen de relieve la falta de desarrollo de sistemas ágiles y profesionalizados para la resolución de conflictos en la fase de ejecución contractual. Cuando una empresa presenta discrepancias durante esta fase —como desacuerdos en la determinación de nuevos precios debido a una modificación contractual, la imposición de penalidades, descuentos en pagos por mala calidad, o incluso la amenaza de resolución del contrato— se ve obligada a recurrir a la vía judicial. Sin embargo, aún hoy, estas impugnaciones no son bien recibidas por la Administración Pública y conllevan múltiples inconvenientes, desde los altos costes económicos y la generalización de las costas judiciales, prolongados plazos de resolución, riesgos reputacionales y una dilación de las compras que puede ser sumamente perjudicial tanto para la propia Administración como especialmente para las empresas. Especial énfasis presentan los contratos de innovación, habitualmente financiados con subvenciones de programas con plazos muy ajustados que no admiten dilaciones bajo el riesgo de perder la financiación completamente.

El recurso a la justicia ordinaria en España sigue siendo sinónimo de procedimientos largos y complicados. Procedimientos que pueden extenderse mucho más allá de los tiempos previstos inicialmente incluso para el propio contrato en liza. Este prolongado proceso no solo afecta a la eficiencia y efectividad de la resolución de conflictos, sino que pone en peligro la estabilidad financiera y operativa de las empresas involucradas. Además, el proceso judicial tiende a ser adversarial, lo que genera tensiones entre las partes y puede resultar en una ruptura del clima de cooperación y confianza que es esencial para la ejecución efectiva del contrato. La falta de un mecanismo alternativo adecuado, como el arbitraje, perpetúa un entorno de incertidumbre y conflicto, dificultando la gestión y la continuidad de los proyectos contratados.

A todo lo anterior, hay que sumar que, frente a los contratos más habituales, como los de obras o la prestación de servicios comunes (limpieza, recogida de residuos, mantenimiento, suministro de productos ordinarios), existe una tipología de contratos relacionada con la innovación que presenta sus propias particularidades.

La compra pública de innovación (CPI) se refiere al proceso mediante el cual las entidades públicas adquieren productos, servicios o soluciones innovadoras que no están disponibles en el mercado o que mejoran significativamente los productos, servicios o procesos existentes.

Estos contratos de innovación no solo son más complejos por su naturaleza técnica y sus objetivos de desarrollo tecnológico, sino que también implican mayores niveles de incertidumbre y riesgo. Por ello, resulta fundamental reforzar los mecanismos de control y resolución de conflictos específicamente adaptados a este tipo de contratación. Desafortunadamente, en la contratación pública ha prevalecido el continuismo, liderado por el mantra: “siempre se ha hecho así” o “la innovación es complicada: no sé cómo se hace”. Esto



ha llevado a que los inversores privados no consideren a la Administración pública como un mercado objetivo y se alejen del riguroso y burocrático mercado de compra pública.

Sin embargo, la compra pública de innovación tiene la capacidad de actuar como una herramienta potenciadora del mercado. Cuando compramos innovación, generamos una demanda en el mercado. El interés público y la función social que persigue la Administración deben provocar que, una vez se obtenga una mejor solución para nuestros retos, esta solución sea útil para otros poderes adjudicadores e incluso para entidades privadas. En definitiva, tener un “primer cliente” o “primera demanda” que actúe como catalizador estimula el mercado y genera un aumento de la demanda tanto en el sector público como en el privado. La importancia del primer cliente tras un esfuerzo humano e inversor en innovación debe primar en la acción pública.

Junto a todo lo anterior, se hace necesario mencionar el tipo de actividad y ecosistema empresarial existente en el ámbito de la compra de innovación. A mi modo de ver, estamos ante un cambio de paradigma en la interacción entre el sector público y la innovación tecnológica. Se trata de ser capaces de apoyar nuevas soluciones a problemas o retos actuales a través de la tecnología, no ya mediante financiación pública sino desde el prisma de la demanda (F.J. Vázquez Matilla). Colaboración público-privada y contratación pública se alinean (J.M. Gimeno Feliu) para promover la toma de soluciones diferentes a través de procesos de innovación abierta en que los operadores no solo acuden a la llamada de la Administración para ejecutar las prestaciones absolutamente definidas por ellas, sino que proponen soluciones y por tanto, prestaciones, a las problemáticas y retos. Se trata de localizar y atraer a empresas que tienen capacidad tecnológica suficiente para solventar problemas de las entidades públicas de un modo diferente y, sobre todo, mejor. Sin embargo, estas empresas, por su propia configuración, no están habituadas ni a licitar ni a litigar, especialmente las PYMES de base tecnológica, como startups o scale-ups. Estas empresas a menudo han ejecutado un pilotaje (prueba de prototipos o prueba de soluciones por un periodo determinado para mostrar su viabilidad y funcionalidades) con clientes públicos o privados y tratan de que su contrato se adjudique de forma directa por negociado sin publicidad. Esto provoca que, ante la aconsejable publicidad de los retos, las empresas dejen de ser receptoras de contratos directos para pasar a competir y discutir en los procesos de licitación y ejecución del contrato. La falta de costumbre, unida a la incertidumbre, hace que la participación en los procesos ordinarios sea baja y resulte ínfima en los procesos de compra de innovación –con el riesgo de que es imprescindible que existan varios adjudicatarios en ciertos procesos, como los de compra precomercial para lograr con éxito la mayor evolución tecnológica de las soluciones a contratar–.

Además, la compra de innovación presenta distintas configuraciones jurídicas y, en algunos casos, hay una clara exclusión del régimen de la contratación pública, como ocurre en el caso de la compra pública precomercial. Todo ello hace necesario ofrecer un sistema seguro, profesionalizado y no adversarial, no solo para tratar de solventar con rapidez conflictos, sino para dar seguridad a las empresas para acudir al modelo de las ventas a entidades públicas y evitar la típica huida hacia el sector privado de la innovación. La modernización de las soluciones a los retos actuales de las entidades públicas pasa por ofrecer un sistema de resolución de conflictos serio, profesional, rápido y no



adversarial, para atraer soluciones que tradicionalmente irían al sector privado hacia lo público.

Y es que tras la crisis sanitaria y económica del covid-19, que ha afectado gravemente a España es imperiosa la promoción de nuevos mercados para que los servicios públicos se presten de forma diferente. El objetivo debe ser resolver necesidades no cubiertas o mejorar sustancialmente cómo se están resolviendo actualmente. Con la actual crisis económica, energética, de inflación de precios y una necesidad de contención de gasto e innovación, se hace necesario reflexionar sobre si las compras se están llevando a cabo del mejor modo. Buscar y perseguir la innovación en las actuaciones públicas debe implicar pasar de la idea al proyecto y al resultado. A menudo, no hay un enfoque dirigido a elegir al contratista que ofrezca la mejor solución basada en precio, replicándose las compras del mismo modo año tras año.

Durante muchísimo tiempo se ha entendido que el estímulo a la innovación y la promoción económica debían arbitrarse a través de la conocida jurídicamente como sección o de fomento. Sin embargo, más allá de los riesgos económicos y financieros, y de las políticas de estímulo o ayuda (subvenciones, beneficios fiscales), las empresas, especialmente las innovadoras y startups, necesitan probar realmente sus nuevos productos y servicios. Así, la Administración, en un esfuerzo equivocado, opta por el fomento y las subvenciones como un supuesto e ineficaz remedio, resultando en el clamor de muchos: “No me subvenciones, cómprame”. Las subvenciones a la innovación son necesarias, pero no suficientes. Son útiles cuando el producto o servicio ya está en el mercado, pero el riesgo principal no es solo económico, sino cómo y para qué funciona el producto en un entorno real. Además, está la barrera crucial de la aceptación del mercado. Esta forma de fomentar la I+D se ha demostrado fallida, con grandes sumas de dinero perdidas en investigaciones que no han fructificado.

Lo relevante es acabar con la “paradoja del proveedor – comprador” en que el proveedor justifica la falta de inversión y producción de nuevas y mejores soluciones innovadoras en que si el mercado – el comprador – tuviera interés en esos servicios o suministros innovadores invertiría en ello y por otra parte, los compradores argumentan que si existieran estas innovaciones las adquirirían.

La guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación lo explica así:

“Las subvenciones se complementan con el apoyo a las convocatorias de licitación de servicios de I+D y soluciones innovadoras. En muchos casos las subvenciones se utilizan para animar a la industria o a los investigadores a asumir más riesgos en el desarrollo de nuevas tecnologías y sus aplicaciones. En términos generales, ayudan a realizar una exploración de carácter amplio de nuevos campos tecnológicos que puede servir a diferentes sectores productivos. Por contra, la contratación de innovación está directamente determinada por la demanda de los clientes públicos, y persigue el desarrollo de soluciones concretas para satisfacer sus necesidades. La CPI puede facilitar una “detección precoz”, ayudando a los proveedores a anticiparse mejor a la demanda de nuevas soluciones y a reducir el plazo para llevarlas al mercado. Los compradores públicos pueden comparar diferentes soluciones y obtener el mejor precio por una solución innovadora específicamente adaptada a su necesidad, evitando los costes de elementos innecesarios o rigideces de los proveedores, y tomando



en consideración las necesidades del sector público a largo plazo. Más allá de la satisfacción de necesidades de organizaciones públicas concretas, la CPI tiene el potencial de ser un catalizador —es decir, de desencadenar la compra de soluciones innovadoras en una escala aún mayor—. Cuando los contratantes públicos alcanzan una masa crítica pueden ayudar a orientar la demanda tanto del sector público como del privado hacia nuevas tecnologías y procesos. (...)” (*Guide on dealing with innovative solutions in public procurement 10 elements of good practice*, Comisión Europea, la Administración frente al continuismo debe actuar como un comprador inteligente).

Los contratos de innovación requieren una gestión más dinámica y flexible, debido a la evolución constante de los proyectos y la necesidad de ajustar términos y condiciones conforme avanza el desarrollo tecnológico. Esto conlleva la posibilidad de que surjan discrepancias técnicas y económicas que no se presentan en contratos más tradicionales. En este contexto, los mecanismos de resolución de conflictos ágiles y especializados, como el arbitraje, son esenciales para garantizar que las disputas se resuelvan de manera eficiente y efectiva, evitando retrasos y promoviendo la continuidad del proyecto.

Además, el arbitraje en contratos de innovación puede proporcionar un foro más adecuado para abordar cuestiones técnicas complejas, al permitir la participación de expertos con conocimientos específicos en el área de innovación y tecnología. Esto no solo asegura decisiones más y mejor informadas y justas, sino que también contribuye a mantener la colaboración y la confianza entre las partes. En última instancia, el fortalecimiento de estos mecanismos de resolución de conflictos es crucial para el éxito de los proyectos de innovación y para fomentar un entorno contractual que incentive el desarrollo y la implementación de nuevas tecnologías.

Es el momento de transformar el modelo de relación entre el sector público y el privado, desarrollando nuevos enfoques de colaboración que alineen los intereses públicos y privados en una relación de beneficio mutuo, en lugar de las habituales relaciones de confrontación en las compras públicas. El sector público no solo puede estimular y orientar el mercado, sino que también puede actuar como el primer cliente y principal destinatario de estas prestaciones. Sin embargo, para cerrar el círculo y asegurar el éxito de esta transformación, es crucial diseñar un modelo holístico que incluya mecanismos eficaces, amistosos y, sobre todo, profesionalizados para la resolución de conflictos.

El arbitraje ofrece varias ventajas en este contexto. En primer lugar, la agilidad y flexibilidad en comparación con otras alternativas que puede tener más impacto que en otros procesos de compra.

Por otra parte, la confidencialidad y privacidad de las partes es vital en un contexto en que la normativa de transparencia genera un derecho amplio de acceso y especialmente los procesos contenciosos se vienen configurando como un modo de que todas las partes obtengan toda la información del proceso —vulnerando muchas veces incluso las declaraciones previas de confidencialidad—.

Pero sin duda, hoy más que nunca el hecho de que se permita seleccionar árbitros con experiencia y conocimientos específicos en el área de contratación pública y en la temática del contrato conduce a decisiones especializadas frente a masivas resoluciones que generan una visión no ya solo unívoca sino a veces desarcertada.



II. CONCEPTO Y MODALIDADES DE COMPRA DE INNOVACIÓN

1. Concepto

LA normativa que regula la contratación pública en España es 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 –en adelante LCSP–.

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) no proporciona una definición específica del concepto de compra de innovación. La referencia más cercana se encuentra en los supuestos de utilización del procedimiento de asociación para la innovación (art. 177 LCSP), donde se menciona la posibilidad de realizar compras cuyo objeto sea

“el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes”.

Sin embargo, esta descripción no es exhaustiva y puede generar confusión entre los operadores, quienes podrían llegar a creer erróneamente que esta modalidad procedimental es la única aplicable para la compra de innovación, lo cual no es el caso.

Innovación significa desarrollar un producto, servicio o proceso nuevo, o significativamente mejorado, incluyendo –con carácter no limitativo– los procesos de producción o construcción, un nuevo método de comercialización, o una nueva forma de organización de las prácticas empresariales, con el objetivo de solucionar retos sociales. Así se define este concepto en el art. 2.1.22 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.

Para conocer que grado de innovación tiene la contratación que vamos a realizar, es recomendable apoyarse en los niveles de madurez de la tecnología (TRLs o *Technology Readiness Levels*).

Estos son los niveles TRL: Nivel 1 –Investigación básica: los principios elementales son observados y referidos; Nivel 2 –Investigación aplicada: se formula el concepto de la tecnología y/ o su aplicación; Nivel 3 –Función crítica, prueba y establecimiento del concepto; Nivel 4 –Análisis de laboratorio del prototipo o del proceso; Nivel 5 –Análisis de laboratorio del sistema integrado; Nivel 6 –Verificación del sistema prototipo; Nivel 7 –Demostración del sistema piloto integrado; Nivel 8 –El sistema incorpora el diseño comercial; Nivel 9 –El sistema está listo para su uso a escala completa; Nivel posterior al 9 –Introducción al mercado.

Se considera Investigación del nivel 1 al 4, Desarrollo del 5 al 6, e Innovación del 7 al 9. Ello va a hacer que la regulación europea haya excluido de la normativa ordinaria de contratación pública a la I+D de forma que solo aquello que tiene consideración de Innovación se rige por los procedimientos ordinarios.



La elección del procedimiento de contratación va a depender de determinados factores. Especialmente, el nivel de conocimiento del mercado, el porcentaje de trabajos de I+D, la posibilidad o no de determinar las prescripciones técnicas. La necesidad o no de adquisición de la solución a escala comercial (es decir, más allá de un prototipo), el número de potenciales proveedores y estructura del mercado, y el plazo y recursos disponibles para la contratación.

La reforma por la Ley 17/2022, de 5 de septiembre de la Ley 14/2011 de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación ha buscado clarificar, a través del art. 36 series el concepto de compra de innovación, sus posibilidades y modalidades. Así, distingue entre dos modalidades: la compra pública de tecnología innovadora y la compra pública precomercial.

2. Compra precomercial

La compra pública precomercial (D. Gordo Cano) abarca la contratación de servicios de I+D. Pretende cubrir actividades como la exploración y el diseño de soluciones, la creación de prototipos o la fabricación original de un volumen limitado de primeros productos o servicios a modo de serie de prueba. La fabricación original de un primer producto o servicio puede incluir su producción o suministro en cantidad limitada con objeto de tener en cuenta los resultados de las pruebas en la práctica y de demostrar que el producto o servicio se presta a la producción en gran escala o suministro satisfaciendo normas aceptables de calidad. La I+D no incluye actividades de desarrollo comercial como la producción o el suministro a gran escala para determinar la viabilidad comercial o recuperar los gastos de I+D, la integración o la adaptación y los ajustes y las mejoras añadidos a productos o procesos existentes.

El art. 8 LCSP excluye explícitamente la compra precomercial de su ámbito de aplicación. Sin embargo, esta exclusión se presenta de manera poco clara. El artículo establece lo siguiente:

“Quedan excluidos de la presente Ley los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que, además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000–2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000–3 (servicio de investigación y desarrollo experimental); 73110000–6 (servicios de investigación); 73111000–3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000–0 (servicios de investigación marina); 73120000–9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000–5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000–2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000–5 (ensayo y evaluación), cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.
- b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador”.

En otras palabras, la compra precomercial queda excluida de la LCSP salvo que se cumplan dos condiciones específicas: primero, que los beneficios derivados del contrato



pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador y se utilicen en el ejercicio de su propia actividad; y segundo, que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

No obstante, la exclusión de las reglas generales de adjudicación de los contratos públicos, sí se exige garantizar los principios de transparencia, igualdad de trato, y competencia.

En algunos casos es posible contratar de forma directa el resultado, mediante un procedimiento negociado sin publicidad, ya siguiendo la LCSP, en los casos en que lo adquirido lo sea para investigación, experimentación, estudio o desarrollo, sin que sea posible que ello se produzca para la producción en serie o recuperar costes de la I+D, conforme al art. 168 c.1. LCSP.

3. Compra pública de tecnología innovadora

La compra pública de tecnología innovadora (CPTI) se va a caracterizar por el sometimiento a la LCSP. Como hemos visto, estaremos ante contratos cuyo objeto venga representado en un nivel TRL elevado de partida y en el que sí que se adquiere – a diferencia de la CPP – el resultado.

El paradigma de innovación de la CPTI viene dado por la Asociación para la innovación. En este procedimiento se mezclaría la compra pública precomercial con la adquisición de la solución obtenida. Ello, como hemos visto, no es posible en la compra pública precomercial donde lo que se adquieren son servicios de investigación. Se trata tanto de investigar, desarrollar, y contratar a escala comercial nuevos productos y servicios. La asociación para la innovación permite la adjudicación de un contrato por fases cubriendo todas las etapas desde la I+D hasta la contratación de un volumen comercial de productos o servicios terminados, con la participación de uno o más operadores económicos en cada fase.

En definitiva, la asociación para la innovación tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.

El poder adjudicador podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo. La asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras.

La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Sobre la base de esos objetivos, el poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, rescindir la asociación



para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la rescisión de los contratos individuales, siempre que el poder adjudicador haya indicado en los pliegos de la contratación que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo. 3. Salvo que se disponga de otro modo en el presente artículo, los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido.

A diferencia de este procedimiento, tan complejo como poco extendido, la innovación también puede llevarse a cabo por los procedimientos ordinarios. En estos casos, existe una escasa proporción de I+D, o nos encontramos cerca de los últimos TRL, y lo que se pretende es contratar la innovación o, en definitiva, el producto o servicio final estamos ante lo que se viene denominando compra pública de tecnología innovadora. El bien no existe, pero puede desarrollarse en tiempo razonable.

La compra Pública de Tecnología Innovadora se emplea cuando los retos pueden ser abordados mediante soluciones innovadoras que casi están o ya están disponibles en el mercado, en pequeñas cantidades, y que no requieren nueva Investigación y Desarrollo (I+D). Podremos utilizar desde el abierto, restringido, licitación con negociación, o diálogo competitivo. Ello generará la posibilidad de disponer de la solución en un tiempo breve —mucho menor que si llevamos a cabo una compra pública precomercial—.

Además de los procedimientos ordinarios típicos (abierto, restringido) tenemos el procedimiento de licitación con negociación. La LCSP recoge en el art. 167 LCSP un gran número de supuestos en que es posible utilizar este procedimiento, siendo uno de ellos

- “a) Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores. b) Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras”.

Estamos ante un procedimiento que recuerda, primeramente, al restringido, por cuanto permite restringir el número de candidatos invitados y luego ir efectuando, fases sucesivas de innovación.

III. EL ARBITRAJE EN LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

1. Previsiones legales en relación con la actividad de compra pública

ES importante tener en cuenta que la normativa sobre contratación pública se aplica de manera diferente según el tipo de entidad involucrada. Por un lado, la preparación y adjudicación de contratos en todas las entidades se rige por el Derecho público y se resuelven



en la jurisdicción contenciosa. En este sentido, es necesario buscar la compatibilidad de soluciones de arbitraje para éstas entidades en fase de licitación y preparación –donde parece más discutible–. Por su parte, el régimen de ejecución de contratos sigue el Derecho público para las Administraciones Públicas, pero se rige por el Derecho privado en el caso de entidades consideradas poderes adjudicadores no pertenecientes a la Administración Pública (como TRAGSA, INECO, fundaciones y la mayoría de sociedades públicas) y Entidades del Sector Público No poder adjudicador (como ICEX, NAVANTIA, entre otras). Por otro lado, el tipo de procedimiento de innovación empleado también influye en la ejecución del contrato. Por ejemplo, existe incertidumbre sobre si la compra pública precomercial se resuelve ante los tribunales civiles (considerando la adquisición de royalties por la explotación de futuros licenciamientos de patentes) o si se trata de una actividad administrativa sujeta a recursos administrativos ordinarios seguida de la competencia de la jurisdicción contenciosa, como es mi opinión. Asimismo, tenemos que diferenciar los contratos (ordinarios) y los contratos en el ámbito de los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero).

No hay previsión específica en la LCSP sobre el arbitraje. Sí lo hay en la normativa relativa a los contratos que se celebren en el ámbito de los sectores especiales. Así, el art. 123 Real Decreto Ley 3/2020 permite acudir al arbitraje como modo de solución extrajudicial de conflictos:

- “1. Las entidades contratantes podrán remitir a un arbitraje en derecho, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.
2. Los pliegos de condiciones determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista.
3. Cuando el pliego no señale la composición del órgano arbitral, y no exista acuerdo sobre la misma entre la entidad contratante y el contratista, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación a que se refiere el art. 119”.

Debe matizarse que esta norma no aplica a Administraciones Públicas y solo aplica a poderes adjudicadores y entidades del sector público no poder adjudicador.

Salvo lo dicho, a mi modo de ver la preparación y adjudicación de los contratos públicos celebrados por entidades públicas, y sometidas por tanto a la jurisdicción contencioso administrativo no admite el arbitraje. No habiendo previsión legal alguna que permita generar esta alternativa al sistema de solución de conflictos no es posible. Debe tenerse en cuenta que estamos ante actos administrativos unilaterales por parte de la entidad pública y donde de hecho no tiene sentido plantear potencialmente un arbitraje.

Es tras la adjudicación de los contratos cuando ya se haya perfeccionado la relación contractual entre los dos sujetos (o más si hay varios adjudicatarios como típicamente ocurre en la compra precomercial y asociación para la innovación) cuando sí puede existir arbitraje si bien considero no puede imponerse. Desde mi perspectiva, el arbitraje se erige



como una herramienta efectiva para abordar los conflictos que surgen en la ejecución y extinción de contratos.

No obstante, debemos reconocer que, a pesar de la existencia de la Ley 60/2003, de 23 de Arbitraje, ésta no ha tenido una implantación considerable en el Derecho público ni en el derecho de la contratación pública. Ello a pesar de que incluso existe un Tribunal de Arbitraje para la Contratación Pública [<https://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/contratacion-publica-tacop/> El Tribunal de Arbitraje para la Contratación Pública (TACOP), es una institución arbitral constituida en el seno de la Asociación Europea de Arbitraje al amparo de lo dispuesto en el art. 1.4 de su Reglamento en el año 2010].

Al contrario, han existido dudas razonables y pronunciamientos que no han animado a una incorporación clara en los pliegos de condiciones reguladoras de las relaciones de contratación pública.

No obstante, debe decirse que estos pronunciamientos solo pueden afectar a la Administración Pública y no al resto de entidades que no tienen tal consideración y que salvo los preceptos que la LCSP ordena aplicar (art. 319 para PANAPS y 322 LCSP para entidades del sector público no poder adjudicador) van a regirse por el Derecho privado y por tanto sí va a existir la posibilidad de arbitraje. Dicho de otro modo, no parece que exista ningún problema en que los poderes adjudicadores No Administración Pública o las entidades del sector público no poder adjudicador acudan al arbitraje –con la inclusión o no en sus pliegos–.

Ejemplo de estos pronunciamientos favorables, –previo al Real Decreto 3/2020 que lo permitió expresamente para los sectores especiales– se dictó la STS 20 de diciembre de 2017 (Rec. 1715/2015), declaró que:

“Esto no obstante, la referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual, y más específicamente en el ámbito contractual portuario, debe situarse en sus justos términos, pues de esa regla general que se acaba de apuntar no resulta en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino sólo para aquellas sobre las que cabe transigir por no estar constreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad. Esto es así porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse (expresión gráfica de esta regla es, *v.gr.*, el art. 86 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece gráficamente que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, “siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción”). Por consiguiente, cuando en un contrato o convenio se introduce una cláusula de sometimiento de controversias a arbitraje, la aceptación de la viabilidad jurídica de esa cláusula no puede entenderse en modo alguno como una remisión incondicionada de cualesquiera controversias al arbitraje, sino como solución mediante arbitraje de las contiendas que versen sobre materias susceptibles del mismo; (...) aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición. Y esto que se acaba de decir también no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3º CE); servicio a



los intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1º CE). Toda actividad administrativa –también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve. Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado...”.

Y como concluye el TS,

“si la eventual controversia sobre caracterización jurídica de un bien propiedad de una autoridad portuaria, como patrimonial o demanial no puede diferirse a arbitraje, por tratarse de una cuestión indisponible, entendemos que lo mismo acontece con las cuestiones relacionadas con la contratación pública. Las previsiones legales sobre las facultades interpretativas y directivas del órgano de contratación, junto con el detallado sistema de recursos y remedios establecidos en la norma, constituyen insalvables obstáculos a introducir una previsión de la naturaleza que nos ocupa”.

En el mismo sentido se pronunció la STSJ País Vasco 15 de noviembre de 2017:

“los entes, organismos y entidades del sector público a los efectos de la ley, tienen el carácter de Administraciones Públicas no pueden remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”.

Insistimos que, hasta la fecha, la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) no incluye disposiciones específicas sobre el arbitraje, excepto una mención en relación con contratos llevados a cabo en el extranjero y con empresas extranjeras (disposición Adicional Primera LCSP). Esta disposición establece que, en tales casos, se buscará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver disputas, y en su defecto, se considerará la inclusión de cláusulas de arbitraje.

Sí lo ha recogido alguna normativa autonómica, como es el caso de Aragón (art. 22 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón) o Andalucía (art. 33 Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero) que permite a cualquier tipo de entidad adjudicadora su utilización.

Este enfoque plantea interrogantes sobre la coherencia y la equidad en la aplicación de los actuales pronunciamientos y nos hace plantearnos el siguiente interrogante: ¿Por qué se permite una mayor flexibilidad en términos de arbitraje en contratos con empresas extranjeras en lugar de mantener los mismos estándares de legalidad que se aplican a los contratos nacionales? ¿Por qué si los motivos que parecen poner la legalidad por encima de la solución extrajudicial de un conflicto sí se defienden para un tipo de contratos pero no para los contratos que se realizan en el ámbito de los sectores especiales? No existen motivos para no permitirse en unos casos sí y en otros no.



Debe tenerse en cuenta que la normativa de contratos anterior sí contemplaba expresamente la posibilidad de acudir al arbitraje en su art. 50 TRLCSP para los PANAPS.

“los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”.

Si antes era conceptual y materialmente posible la falta de mención no debiera entenderse como una prohibición.

Sin embargo, insistimos, los pocos pronunciamientos relativos a contratos de Administraciones Públicas no son positivos. Como ejemplo el Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que anula un pliego de condiciones que incluía en su clausulado el obligado sometimiento a arbitraje.

A modo de conclusión clarificadora puede decirse que no hay legislación ni herramientas legales para que la Administración Pública en contratos administrativos en que los efectos y extinción se rigen por la LCSP acuda al arbitraje, salvo en los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero. Sin embargo, sí es posible que, en contratos privados de la Administración, así como en contratos de las entidades consideradas poderes adjudicadores No Administración Pública y entidades del sector público no poder adjudicador recurra al arbitraje como fórmula de resolución extrajudicial de conflictos.

2. Aplicación del arbitraje en la compra de innovación

A) El arbitraje en la compra precomercial y sus posibilidades

En el contexto de la compra pública precomercial, el arbitraje emerge como un recurso fundamental durante la fase de ejecución de los contratos. Esta peculiaridad se justifica en la necesidad de un sistema ágil y especializado, dada la naturaleza dinámica y progresiva de estos contratos. A diferencia de los contratos tradicionales, donde la adjudicación se realiza a una sola empresa, en los contratos precomerciales se suele adjudicar a varias empresas simultáneamente. Estas empresas avanzan en la ejecución del contrato de manera sincronizada, desarrollando y perfeccionando su producto o servicio en etapas sucesivas, y recibiendo pagos de acuerdo con su progreso.

Es crucial destacar que, en este proceso, surgen desafíos típicos relacionados con retrasos, problemas de equipo, deficiencias en la ejecución del contrato y el logro de los resultados previstos. Estos problemas pueden afectar negativamente la continuidad y el éxito de la innovación, ya que cualquier interrupción en el proceso de desarrollo podría resultar en un fracaso significativo en términos de investigación y desarrollo.

Por lo tanto, la implementación del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas se vuelve imperativa para garantizar la continuidad y la eficiencia del proceso de



innovación. El arbitraje ofrece una vía para abordar de manera rápida y experta los conflictos que puedan surgir durante la ejecución de los contratos precomerciales, evitando así que estos obstáculos obstaculicen el avance de la innovación. Además, al permitir una resolución eficiente de los problemas, el arbitraje contribuye a mantener la integridad y la competitividad del proceso de compra pública precomercial, promoviendo así un entorno propicio para la investigación y el desarrollo continuos.

B) Arbitraje en la Compra Pública de Tecnología Innovadora

El papel del arbitraje en la Contratación Pública de Tecnología Innovadora (CPTI) es fundamental, ya que se enfrenta a los mismos desafíos típicos de cualquier contrato público, pero con características específicas que requieren un enfoque adaptado.

Los conflictos más comunes son similares a los de cualquier contrato público. Sin embargo, es importante destacar la distinción entre la fase de I+D de la Asociación para la Innovación y la fase de compra propiamente dicha. Mientras que la primera fase de la ejecución de la Asociación para la Innovación se asemeja a la etapa precomercial, donde la adquisición del producto final aún no es posible, la fase de compra implica la adquisición del resultado innovador. Esta diferenciación es crucial para comprender los posibles conflictos que pueden surgir en cada etapa y cómo abordarlos de manera eficiente.

Además, en las compras ordinarias de tecnología innovadora, los problemas de ejecución son variados y pueden incluir divergencias en la interpretación del contrato, disputas por modificaciones contractuales y sobrecostos, incumplimientos de plazos de ejecución o de los Acuerdos de Nivel de Servicio (SLA), entre otros. Estos desafíos son el resultado del complejo proceso de desarrollo e implementación de soluciones tecnológicas innovadoras, que a menudo involucran múltiples partes interesadas y requisitos técnicos específicos.

Las diferencias en la interpretación de los términos del contrato, los cambios en los requisitos durante la ejecución del proyecto y los desafíos técnicos imprevistos pueden dar lugar a disputas que afectan la continuidad y el éxito del proyecto de tecnología innovadora.

IV. CONCLUSIONES

EL sistema de recursos contractuales ha demostrado ser una herramienta muy útil en la fase de preparación y adjudicación de contratos en la contratación pública, ofreciendo soluciones ágiles y especializadas para una materia propensa a conflictos. No obstante, este mecanismo se limita a las fases de preparación y adjudicación del ciclo contractual y no se extiende a la ejecución y extinción del contrato, donde los conflictos son frecuentes y complejos técnicamente. Esta limitación subraya la necesidad de integrar mecanismos como el arbitraje, que puedan ofrecer resoluciones expertas y eficaces también durante la ejecución del contrato.



En la compra de innovación existen desafíos que afrontan las empresas durante la ejecución de contratos, puesto que por su naturaleza conllevan mayores niveles de incertidumbre y riesgo. La falta de mecanismos ágiles para la resolución de conflictos durante esta fase obliga a las empresas a recurrir a la justicia ordinaria, que es lenta y costosa, afectando negativamente tanto a las empresas como a la administración pública.

Los contratos de compra de innovación se caracterizan por su alto grado de incertidumbre y riesgo, lo que eleva la probabilidad de discrepancias durante su ejecución. La falta de mecanismos ágiles para resolver estos conflictos obliga a las empresas a optar por la justicia ordinaria, un proceso notoriamente lento y costoso, que puede impactar negativamente tanto a las entidades públicas como a las empresas privadas. Esta situación pone de relieve la importancia de contar con alternativas extrajudiciales como el arbitraje, que pueden ofrecer soluciones más rápidas y menos onerosas.

Dada la naturaleza de los contratos de innovación, que requieren flexibilidad, dinamismo y un alto nivel de cooperación, es crucial que los mecanismos de resolución de conflictos fomenten y preserven la relación de colaboración entre las partes. Las disputas judiciales, que a menudo son adversariales y prolongadas, pueden deteriorar estas relaciones esenciales para el éxito de proyectos innovadores. Por lo tanto, el arbitraje, al permitir un enfoque más colaborativo y menos confrontativo, se alinea mejor con los principios subyacentes de la contratación pública de innovación. La colaboración y el litigio representan posturas fundamentalmente antagónicas; mientras que la primera busca la sinergia y el beneficio mutuo, la segunda se orienta hacia la confrontación y puede erosionar la base de confianza necesaria para la cooperación efectiva en proyectos de innovación.

La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público actualmente no contempla explícitamente el arbitraje, lo que representa una barrera significativa para su implementación en la contratación pública. Es necesaria su reforma para incorporar de forma clara y sin ambages esta técnica de solución de conflictos extrajudiciales para permitir más flexibilidad, fomentándolo y favoreciendo con ello no sólo la rapidez y seguridad jurídica sino la mayor participación de empresas innovadoras en la contratación pública. Si tenemos en cuenta que en la mayor parte de procedimientos de contratación ordinarios solo participa uno y que en la compra de innovación es un requisito que haya varios adjudicatarios, cualquier medida que trate de aumentar la participación se hace ineludible.

Si el arbitraje se permite de forma expresa en la ejecución de los contratos celebrados en el ámbito de los contratos de sectores especiales no hay motivo para que no se extienda de forma expresa al resto de contratos.

Para lograr una verdadera transformación del modelo productivo español hacia la innovación, es crucial adoptar mecanismos de solución extrajudicial como el arbitraje de manera urgente y efectiva. Esto no solo cambiaría la dinámica de resolución de conflictos en la contratación pública, sino que también estimularía una adopción más amplia de la compra innovadora, contribuyendo significativamente al progreso tecnológico y económico del país.



BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA ÁLVAREZ, G., “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos”, *Observatorio de los contratos públicos*, 2019 / coord. por Carmen de Guerrero Manso; José María Gimeno Feliú (dir.), 2020, pp. 549–564.
- GORDO CANO, D., “La regulación y aplicación práctica de la compra pública precomercial en España”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 217, 2022, pp. 321–350.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “La colaboración público–privada en un contexto de moderna gobernanza económica al servicio de la ciudadanía”, *Revista General de Derecho administrativo*, nº 65, 2024.
- VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “Retos de la transformación digital en la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº. 182, 2022, pp. 187–200.



El arbitraje en la solución a los conflictos de los contratos menores

I. INTRODUCCIÓN

LA figura del contrato menor nace en nuestro ordenamiento jurídico para dar respuesta a necesidades excepcionales de las administraciones públicas que surgen de manera puntual y no recurrente y que necesitan ser atendidas de manera inmediata. Para ello, el legislador ha elaborado este procedimiento excepcional que incorpora a la legislación en materia de contratación pública un sistema que responde a esa agilidad e inmediatez propia de las necesidades a cubrir a través de la contratación menor, que se caracteriza por una simplificación del procedimiento previo exigido para contratar.

Sin embargo, por lo que se refiere al sistema de impugnación de las controversias que en el seno de su adjudicación y ejecución puedan llegar a surgir, no se ha previsto ningún instrumento que responda con la misma agilidad que se ha atribuido a la tramitación del procedimiento de adjudicación directa en nuestro ordenamiento y que permita promover de manera efectiva un sistema que facilite su solución.

Es por ello que, en este trabajo, se presenta una propuesta *de lege ferenda* para favorecer la incorporación de un procedimiento simplificado de arbitraje como instrumento ágil y eficaz a la regulación vigente para dar solución a los conflictos en materia de contratación menor de manera real y efectiva en respuesta a esa necesidad que actualmente aún no ha sido atendida por los procedimientos de impugnación ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico.

Esta propuesta se presenta como una alternativa –tanto a la vía administrativa como a la vía judicial– que, con sometimiento pleno a la Ley y a los Principios Generales del Derecho, permite dar respuesta a las reclamaciones que surgen en este tipo de contrataciones y que muchas veces ni siquiera son planteadas por quienes se encuentran afectados debido al exceso de burocracia a la que se tienen que enfrentar, a los excesivos plazos que traen consigo las resoluciones de los procedimientos judiciales ante los tribunales y, al elevado coste económico cuyas cuantías no permitirían compensar el gasto ocasionado con la impugnación reclamada.



II. IMPUGNACIÓN DEL CONTRATO MENOR

UNO de los rasgos más característicos de los contratos menores y el que sin duda alguna determina que sea el instrumento de contratación más empleado por los más de quince mil poderes adjudicadores que existen en España, es su agilidad.

Esa agilidad surge como consecuencia de la excepcionalidad atribuida a este procedimiento que permite su adjudicación directa, tal y como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 8/2020, de 12 de febrero de 2021, al señalar que

“el contrato menor, en la regulación española, constituye una suerte de excepción a la aplicación de ciertas reglas comunes a otros procedimientos de selección del contratista, y de modo muy particular, de algunas relativas a la publicidad previa, a la concurrencia y al procedimiento de adjudicación”.

Esta capacidad excepcional con la que se ha facultado al procedimiento de adjudicación menor para poder encargar la ejecución de un contrato de manera directa se encuentra amparada en la propia 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 –en adelante LCSP– cuando señala de manera específica en su art. 131.3º que,

“los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el art. 118”.

Sin duda y, a pesar de que esta agilidad consustancial con dicho procedimiento de contratación lo es en las dos fases que lo conforman, es decir, tanto en aquella que se refiere a la tramitación del expediente –fase previa necesaria e imprescindible para la consecución de la necesidad demandada– como en el desarrollo del contrato –esta es, la fase de ejecución y cumplimiento del contrato destinada a obtener el resultado que se contrata– sin duda, la primera de las fases resulta ser la que conforma ese elemento principal en tanto que la ley permite que se lleve a cabo una tramitación sucinta que no se ha de someter a las exigencias procedimentales que sí son requeridas en cualquier otro procedimiento de contratación pública; tal y como señala el art. 118 LCSP (Expediente de contratación en contratos menores), donde se establecen los elementos propios del expediente de contratación menor y su tramitación. Y ello porque tanto su duración como su valor estimado condicionan la posibilidad de realizar este tipo de contratos; así mientras que su máxima duración está limitada a un año natural, el valor estimado ha de ser inferior a 40.000 euros cuando se trate de contratos de obras, e inferior a 15.000 euros cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.



1. *Impugnación en la fase de adjudicación*

Los cambios introducidos por la LCSP en el expediente de contratación menor suponen sin duda una tramitación más sencilla de estos expedientes, puesto que, según el precepto que lo regula, únicamente será necesario que se justifique la necesidad de aquello que se quiere contratar además de que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de otros procedimientos que requieran sometimiento a otras reglas más estrictas, mediante la incorporación de un informe particular en cada expediente. Así mismo, deberá existir crédito suficiente para abonar el gasto y, como no puede ser de otra manera, dicha acreditación se deberá hacer constar en el correspondiente documento administrativo dictado por el órgano contratante; todo ello, con independencia de la posible existencia de informes internos que avalen tales extremos, los cuales, deberán estar incorporados previamente en el expediente. Por su parte, en los contratos menores de obras, además se deberán incorporar al expediente el presupuesto y el proyecto cuando éste sea requerido por las disposiciones vigentes, junto con el preceptivo informe cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra. Exime por tanto de elementos que prolongan la tramitación y que resultan obligatorios en el resto de los procedimientos contractuales, tales como el sometimiento a exposición pública y al mercado de la necesidad a la que se quiere dar respuesta, la constitución de una mesa de contratación que valore las ofertas presentadas, la exigencia al adjudicatario del depósito de una garantía económica que responda de futuros incumplimientos, entre otros.

Por todo ello, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha calificado la tramitación del contrato menor de *escueta*, en su Informe 8/2020, de 12 de febrero de 2021, al señalar que

“esta tramitación tan escueta refuerza la conclusión de que el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de contratos públicos, en el que no existe una publicidad previa sobre el mismo ni tampoco un procedimiento competitivo al que concurran múltiples licitadores”.

Establecido así el procedimiento, esto es, que cualquier poder adjudicador puede seleccionar voluntariamente al empresario que considere más adecuado para dar respuesta a sus necesidades, resulta poco habitual que se puedan presentar situaciones de reclamación puesto que las partes han conocido previamente a la adjudicación formal, los términos y exigencias del contrato.

Sin embargo, ¿qué ocurre en los contratos menores que son sometidos a licitación pública? Cada vez son más numerosos los órganos de contratación que solicitan varias ofertas al mercado o incluso, que someten sus contrataciones menores a licitación pública, permitiendo así que cualquier operador económico del mercado que reúna los requisitos técnicos exigidos y lo desee, pueda postularse para resultar adjudicatario en un contrato menor.

Así, antes de la publicación de la Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en la que se establece que:



“De acuerdo con el principio de competencia, y como medida anti fraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente”; y repite “En los términos ya expresados en el epígrafe anterior y con el fin de velar por la mayor concurrencia, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres ofertas que se incorporarán al expediente junto con la justificación de la selección de la oferta de mejor relación calidad-precio para los intereses de la Administración, tal y como se ha indicado en el primer punto”.

Muchas administraciones de todos los tamaños, acostumbraban a solicitar al menos tres ofertas a diferentes empresarios para conocer qué ofertas podían obtener del mercado, también en aquellas necesidades de escasa cuantía; dando publicidad de su intención de realizar obras o de adquirir bienes y servicios a través de notas de prensa o invitando a presentar ofertas en sobre cerrado que, posteriormente se abrían de manera simultánea por el responsable del servicio que solicitaba ofertas y que podríamos asimilar con la actual unidad técnica de auxilio al órgano de contratación contemplada en el art. 159.6 d) LCSP para los procedimientos abiertos simplificados sumarios. Tal es el caso del Ayuntamiento de Langreo en Asturias, que desde hace muchos años ha venido sometiendo el grueso de sus contrataciones menores a este tipo de procedimientos de selección, limitando las adjudicaciones en las que no se pedía una pluralidad de ofertas al mercado a supuestos puntuales, y que, con la aprobación de la Instrucción 2/2016, de 2 de diciembre, sobre el procedimiento de tramitación electrónica de los contratos menores en el ámbito de la Ayuntamiento de Langreo, vino a establecer la obligación de licitación pública de este tipo de contratos.

Sin embargo, por lo que se refiere a esta exposición pública de la necesidad en el mercado, lo habitual es que las administraciones que han optado por esta posibilidad establezcan también unos límites económicos a partir de los cuales, aquellas contrataciones menores de cuantía elevada se someten al mercado y ello porque debe existir un equilibrio económico entre el gasto que supone dicha gestión y el beneficio a obtener, por tanto, no es habitual que se sometan a licitación la totalidad de las compras menores. Ejemplo de ello, es el Ayuntamiento de Gijón, cuyos contratos menores se abren al mercado cuando su cuantía supera 1.500 € (Resolución de 20 de marzo de 2018, por la que se aprueba el procedimiento electrónico de contratos menores del Ayuntamiento de Gijón.).

Esta situación en la que las contrataciones menores son sometidas a competitividad entre los diferentes operadores económicos interesados por parte de algunos poderes adjudicadores no es tan reciente en nuestro ordenamiento, y su validez así ha sido refrendada incluso desde las propias Juntas Consultivas de Contratación Pública. Tal es el caso de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares en su Informe de 4/2010, de 29 de octubre de 2010, al reconocer que

“...desde un punto de vista teórico, nada impide que, en virtud de los principios de publicidad y concurrencia, siempre que sea posible, se someta a licitación pública la contratación de las prestaciones cuyo importe permite la elección de la tramitación como contratos menores o, alternatively se lleve a cabo un procedimiento negociado sin publicidad”.



Y continúa señalando que

“Corresponde al órgano de contratación, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, la competencia y la conveniencia para el interés general, escoger el procedimiento más adecuado en cada caso”.

Ello, trae consigo, un incremento en la transparencia de las actuaciones de dichos órganos en materia de contratación, además de un aumento en el ahorro del gasto destinado a cubrir dichas necesidades, dado que la competencia del mercado favorece el ahorro. transparencia, mejores resultados económicos y técnicos, seguridad jurídica, etc. Y así, una vez realizada la adjudicación efectiva del contrato, ésta deberá ponerse en conocimiento de los interesados con la finalidad de que comiencen a contar los distintos plazos de la ejecución del contrato, no solo para el adjudicatario sino también, para otros posibles interesados, especialmente, en aquellos supuestos en los que se haya realizado una consulta a varios empresarios, o especialmente, si se ha llevado a cabo una licitación, puesto que dichas empresas deberán ser conocedoras de los fundamentos de la administración contratante que han dado lugar a la elección realizada. Ahora bien, la participación de los operadores del mercado puede traer consigo un aumento significativo de los elementos de conflicto; así por parte de los operadores económicos puede existir algún tipo de reclamación por estar en desacuerdo con el contenido de las exigencias del contrato o, en cuanto a la adjudicación propiamente dicha por quienes no hayan resultado adjudicatarios. No puede resultar extraño que los operadores económicos que hayan participado en la licitación de un contrato menor y que no hayan resultado adjudicatarios quieran conocer cuáles son las causas que han resultado más favorables para que la adjudicación recaiga en otro empresario, por lo que, sin duda, la apertura al mercado de la participación de una pluralidad de empresas para la selección del contratista en los contratos menores por parte de una importante del sector público, ha propiciado un mayor uso de los recursos, principalmente por aquellos empresarios que, al no resultar seleccionados pudieran verse afectados. En definitiva, esa obligación autoimpuesta por los poderes adjudicatarios, trae consigo la impugnación de la decisión del poder adjudicador, por parte de terceros no seleccionados como adjudicatarios.

2. Impugnación en la fase de ejecución

Por lo que se refiere a la fase de ejecución del contrato menor y, a pesar de que han corrido ríos de tinta respecto a la fase preparatoria del expediente, lo cierto es que esta fase, siendo en esencia el elemento fundamental del contrato, en tanto en cuanto implica la consecución del resultado, ha obtenido una menor atención por parte de la doctrina. Sin embargo, dicha importancia es mayor tanto para el adjudicatario como para las administraciones contratantes, puesto que la finalidad última de la contratación es cubrir la necesidad que se contrata en detrimento del instrumento administrativo mediante el que se obtiene el resultado perseguido.

Como hemos visto, en la fase previa del contrato menor prima la impugnación por parte de los operadores económicos con respecto a los acuerdos adoptados por parte de la Administración Contratante, mientras que, en la fase de ejecución, serán los poderes



adjudicadores quienes aumenten sus posibles reclamaciones frente al adjudicatario, y ello porque el contrato menor, como cualquier otro procedimiento de contratación, también puede ser objeto de incumplimientos, retrasos o suspensiones durante el periodo de su ejecución, si bien es cierto que, debido a lo costoso que puede resultar la interposición de una reclamación –y cuando hablamos de coste, no solo nos referimos al coste económico propiamente dicho sino al coste que supone el empleo de recursos humanos para quizás, con suerte, obtener años después algún tipo de indemnización económica– la opción por la que optan los poderes adjudicadores es la de realizar otro contrato con un empresario diferente del inicial para cubrir la necesidad de llevar a cabo la actuación de manera breve y urgente, garantizando así que se cubra la necesidad y optando por desistir del primer contrato fallido. No debemos olvidar que la contratación menor viene a cubrir necesidades puntuales y no programadas que, como regla general tienen que verse materializadas en un breve espacio de tiempo, por lo que los plazos de una reclamación podrían dilatarse en el tiempo hasta tal punto que no permitiera al recurrente obtener ningún beneficio.

3. Instrumentos ordinarios de impugnación

Una vez establecidas las dos fases de los diferentes actos en los que cabe la impugnación de un contrato menor, surge la necesidad de aclarar cuál es su sistema de impugnación propiamente dicho y es que, a pesar de lo inusual que resulta la presentación de recursos en este tipo de procedimiento, debido a la escasa cuantía y duración de las contrataciones directas, al igual que en cualquier otro acto administrativo, existe la posibilidad de que tanto las adjudicaciones como las posibles incidencias que puedan suceder durante su ejecución, sean recurridas.

La LCSP contempla un instrumento creado expresamente para las reclamaciones de los diferentes actos de los contratos públicos, este es, el recurso especial en materia de contratación, cuya regulación se encuentra en el art. 44 LCSP, según el cual

- “1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el ap. 2
 - a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
 - b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del art. 149.
 - c) Los acuerdos de adjudicación.
 - d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los arts. 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.



- e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.
- f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Dichos actos y decisiones podrán ser impugnadas cuando se refieran a los siguientes contratos y cuantías económicas:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el art. 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

En dicha redacción no existe referencia particular a la contratación menor, puesto que las cuantías que este precepto contempla para recurrir mediante un recurso especial en materia de contratación son muy superiores a las contempladas en el art. 118 LCSP y, ello a pesar de que la actual regulación del art. 44 LCSP, en contraposición a las cuantías de referencia establecidas en el art. 40 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, referidas a los contratos sujetos a regulación armonizada, ha ampliado su marco de actuación ampliando la interposición del recurso especial en materia de contratación a contratos cuyo valor estimado sea superior a cien mil euros para los contratos de servicios y de suministros, y a tres millones de euros para los contratos de obras; siendo, a pesar de dicha reducción, cuantías muy superiores a las contempladas para la adjudicación menor.

A pesar de ello, en el caso que ahora analizamos, resulta significativo el ap. 6. del art. 44 LCSP al indicar que:

“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del ap. 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

Por tanto, a pesar de no ser de aplicación el recurso especial en materia de contratación para los contratos menores, el legislador ha querido dejar constancia en este artículo de cuál es el sistema de recurso contra aquellos actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas distintos de los contemplados en el apartado primero del precepto –en donde se hallan los contratos menores– y remite para ello a la Ley del procedimiento administrativo común y a la jurisdicción ordinaria, en concreto el art. 44.6 LCSP establece que:



“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del ap. 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

Este precepto remite directamente al art. 112.1º LPAC, que contempla la facultad de llevar a cabo la impugnación por los interesados estos son, por los sujetos definidos como tal en el art. 4 del mismo cuerpo normativo, es decir, cualquier persona física o jurídica *titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, y aquellos que hayan obtenido tal condición por alguna relación jurídica transmisible* de las resoluciones y actos de trámite dictados, a través de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

Por su parte, la Disposición Final Cuarta de la Ley de Contratos del Sector Público, remite nuevamente al procedimiento administrativo común, cuando dispone que:

“Los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias”.

Con todo ello, se muestra que tanto la adjudicación de un contrato menor como cualquier incumplimiento que se produzca durante su ejecución, pueden ser impugnados con las mismas garantías que cualquier otro contrato, en tanto que se trata de un acto administrativo.

Finalmente, como recordaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio, referido al sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, los interesados también pueden acudir a la vía contencioso-administrativa para la reclamación de sus intereses en materia de contratación pública cuando las decisiones del órgano de adjudicación agoten la vía administrativa, bien mediante actos expresos o presuntos, esto es, tras la resolución de un recurso de reposición o de alzada, o a través del silencio administrativo, de conformidad con el art. 25.1º Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual:

“El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.



Por otro lado, este informe recordaba que:

“...la Unión Europea obliga a los Estados miembros a garantizar la existencia de mecanismos que posibiliten que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. Es decir, se trata de establecer un régimen especial de reclamaciones en materia contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil, el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación”.

III. EL ARBITRAJE COMO INSTRUMENTO DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS MENORES

AHORA bien, a pesar de las posibilidades de impugnación que contempla la legislación vigente respecto de las actuaciones irregulares que pudieran darse en los contratos menores, lo cierto es que no son habituales las reclamaciones en este tipo de procedimientos y cabe preguntarse por qué.

Si bien es cierto que la adjudicación directa es, por su propia naturaleza, un procedimiento que no implica una gran cantidad de reclamaciones, sin embargo, cuando se lleva a cabo una selección entre varios empresarios o, más aún, en los casos en que los contratos menores se someten a licitación, parece razonable que las impugnaciones se vean incrementadas. Sin embargo, la realidad es que ni siquiera en estos casos, se produce un aumento sustancial del número de reclamaciones interpuestas por los empresarios contra los actos propios de los contratos menores.

Las razones por las que en la contratación menor no proliferan las reclamaciones son varias. En primer lugar, el coste –tanto económico como de medios humanos– que trae consigo un procedimiento de reclamación ante la administración contratante o ante los tribunales no suele ser compensado con el beneficio económico a obtener, ya que no podemos olvidar, estamos ante contratos cuyas cuantías económicas no son excesivamente significativas. En segundo lugar, los plazos establecidos para dar respuesta a las reclamaciones planteadas pueden traer consigo una situación cuanto menos inoperante para la finalidad pretendida dado que los plazos para resolver los recursos pueden superar íntegramente el plazo establecido para la ejecución del propio contrato recurrido. Es por ello, por lo que no es habitual la presentación de recursos frente a contrataciones menores por parte de los operadores del mercado.

Ahora bien, esta falta de reclamaciones no significa que en caso de existir la posibilidad de recurrir a un instrumento más ágil y económico que el actual, que permitiera dar una respuesta eficiente a las demandas de los interesados, no se utilizara más frecuentemente de lo que se utilizan los mecanismos existentes en la actualidad. Y es que, si bien el legislador, acertadamente, ha creado el contrato menor como una figura simplificada



para cubrir aquellas necesidades de los poderes adjudicadores de escasa cuantía y breve duración, ha obviado la incorporación de un sistema que también sea abreviado para resolver las incidencias que puedan producirse en el seno de los mismos. El resultado es que los medios que se ponen a disposición de los posibles recurrentes para dar solución a los conflictos surgidos en estos procedimientos no difieren de los que se han regulado para cualquier otro y por tanto, no permiten dar la respuesta necesaria a las particularidades propias de este tipo de contratos basados en la inmediatez. Como consecuencia, los operadores económicos se encuentran ante un sistema que no les compensa económicamente y cuya resolución se alarga demasiado en el tiempo, situación frente a la que, en la mayoría de los casos, optan por desistir de su pretensión.

Lo cierto es que el hecho de tener que someter las reclamaciones contra este procedimiento a las mismas reglas de impugnación que al resto de los procedimientos de mayor cuantía, no favorece la utilización del recurso ante este tipo de actos administrativos, y ello no hace más que aumentar la extendida creencia de la falta de transparencia que pesa sobre esta figura entre los operadores económicos y entre el conjunto de la sociedad en general, cuyo uso sigue siendo cuestionado y demonizando de manera sistemática.

Por ello, para favorecer la transparencia en el conjunto de las actuaciones de los órganos de contratación en los procedimientos de compra menores, se propone a continuación la incorporación del arbitraje para la resolución de estos conflictos, como una alternativa válida y real que permita simplificar de manera significativa el procedimiento actual y reducir los plazos de resolución de las controversias, así como el coste que traen consigo.

Como hemos visto, la regulación actual para dar solución a los conflictos suscitados en materia de contratación menor no resulta suficientemente eficaz para responder a las necesidades de sencillez y agilidad que este procedimiento demanda, si bien, los elementos esenciales del arbitraje que permiten dar una respuesta eficaz, rápida, equitativa y menos costosa a la solución de los conflictos, encajan de manera indubitada con esa demanda.

Por lo que se refiere al detalle particular de las características y elementos propios de esa figura, nos remitimos a los capítulos precedentes de este compendio, donde se han desarrollado perfectamente sus cualidades y que, por tanto, no procede reproducir. Ahora bien, para el análisis de la propuesta que se presenta y, en cuanto a la articulación de este sistema en los procedimientos de contratación menor, resulta necesario partir de la voluntariedad propia de esta figura, dado que se trata de un instrumento al que las partes deciden someterse libremente.

Si bien es cierto que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –en adelante LPAC– deja abierta la posibilidad a que las propias administraciones celebren acuerdos, pactos, convenios o contratos, como instrumentos que sirvan para finalizar los procedimientos administrativos con carácter vinculante, lo cierto es que no parece que dicho recurso voluntario, se utilice de manera habitual por las administraciones para resolver las controversias que puedan surgir en el ámbito de la contratación pública.



Art. 86.1 LPAC: “Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

Cabe plantearse si entre los acuerdos o pactos voluntarios que el precepto 86.1 de la LPAC recoge, se admitiría la posibilidad de incorporar el arbitraje como mecanismo de solución para el caso que nos ocupa, sin acudir necesariamente a los recursos de alzada o reposición o a los tribunales contencioso-administrativos. En este sentido, en el año 1998, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), ya señalaba en su Exposición de Motivos la necesidad de dar acceso a otros instrumentos complementarios a la vía judicial para obtener una justicia ágil y de calidad indicando que:

“Bien es verdad que lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal. También es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos”.

Por su parte, la regulación contractual ha favorecido la incorporación del arbitraje para la solución de sus conflictos, tal es el caso del art. 320, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente derogada, que remitía expresamente a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje –en adelante LA– señalando que:

“Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”,

y que fue incorporado en el TRLCSP, en su art. 50 con la misma redacción.

A pesar de que la norma contractual en vigor no recoge un precepto con el mismo contenido, la LCSP favorece la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos con empresas extranjeras, al señalar en la Disposición Adicional Primera que:

“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”.

De la misma manera que sucede en los contratos con empresas extranjeras, se propone ahora que, *de lege ferenda*, el legislador incorpore el fomento del arbitraje para dar solución a las controversias en el ámbito de la contratación menor, incluyendo un nuevo apartado al art. 118 LCSP que inste a los poderes adjudicadores a la incorporación voluntaria de cláusulas de arbitraje en sus contratos menores para que, aquellas empresas que quieran participar en la selección, y adjudicación del mismo, asuman voluntariamente el sometimiento al laudo arbitral como sistema de resolución de las controversias que se puedan llegar a suceder en el procedimiento; y cuya redacción podría ser la siguiente:



“Los órganos de contratación podrán optar por la vía del arbitraje para la resolución de los conflictos que se susciten en la aplicación del sistema de contratación menor y dentro del marco de sus competencias. Para ello se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje en sus consultas al mercado para conocimiento de todos los participantes”.

Con todo ello y, partiendo de la voluntariedad propia de esta figura, debemos analizar cuáles son las razones que podrían favorecer que los interesados decidieran optar por esta vía, es decir, cuál puede ser la motivación para incorporar en la contratación menor cláusulas de sometimiento al arbitraje en detrimento del uso de los recursos administrativos y judiciales.

Tanto la figura del arbitraje como el contrato menor comparten como características esenciales que los definen la sencillez de sus respectivos procedimientos y la tramitación ágil de los mismos, por tanto, y sin lugar a dudas, la principal motivación que puede defender la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos menores es la necesidad de completar la agilidad del mismo en aquella fase en la que el legislador no ha regulado un sistema abreviado de resolución de controversias, alcanzando con ello, una verdadera simplificación del procedimiento de contratación menor. Y es que, en un procedimiento donde una de sus principales características es la limitación de un año de duración, no tiene ningún sentido acudir a procedimientos de recursos que podrían alargarse más tiempo que la total duración de su ejecución.

Ahora bien, aunque sin duda el arbitraje nace con la voluntad de ser un instrumento de solución de controversias que permita agilizar la resolución de los conflictos como alternativa a los sistemas ordinarios vigentes, lo cierto es que, para materializar esta agilidad, los plazos ordinarios establecidos en la Ley de Arbitraje no resultan lo suficientemente ágiles para la demanda requerida en el caso que nos ocupa. Así, el art. 37.2º LA, establece un plazo de seis meses para que los árbitros decidan respecto de la controversia que les haya sido planteada, y añade a este plazo inicial una posible prórroga de dos meses más, mediante decisión motivada de los árbitros.

Art. 37.2º LA: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el art. 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”.

Bien es cierto que se trata de un plazo significativamente abreviado frente a los plazos habituales de resolución de recursos en vía judicial, aunque para el supuesto de la contratación menor no resultarían suficientemente eficaces puesto que ofrecer una solución a un conflicto en un plazo de entre seis y ocho meses continúa siendo excesivamente extenso.

En este sentido, y como instrumento para acelerar la respuesta a los asuntos planteadas, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje ha habilitado un procedimiento abreviado en el que destaca el impulso de la máxima celeridad del procedimiento (art. 28 Regl. CIMA, aprobado por la Asamblea General Extraordinaria, celebrada el día 5 de julio de 2022).



Este procedimiento abreviado de arbitraje destaca por la existencia de un árbitro único para dar solución al asunto planteado, el uso de medios electrónicos de todas las comunicaciones, y la reducción significativa de los plazos del procedimiento, tal y como demuestra el hecho de que la audiencia a las partes sobre la admisibilidad de la prueba planteada de contrario se formule en los siete días siguientes a la recepción del último escrito de alegaciones y que éste decida al respecto en tan sólo dos días.

Sin embargo, el cómputo global de los plazos señalados en el apartado quinto de este procedimiento abreviado, aún puede resultar demasiado largo en el caso de controversias dentro de un contrato menor, cuya ejecución y cumplimiento exige una respuesta casi inmediata, por lo que se propone la habilitación de un procedimiento exprés creado al efecto para las controversias de la contratación menor, dadas sus específicas características.

QUINTO. Procedimiento

Al notificarse a las partes el nombramiento del árbitro, se les concederá un plazo común de cinco días para efectuar la provisión de fondos que se les requiera.

1. A falta de acuerdo de las partes, la parte demandante tendrá un plazo de diez días a contar desde la notificación de nombramiento del árbitro para la presentación de la demanda.
2. La parte demandada tendrá un plazo de diez días desde la recepción de la demanda para la contestación y, en su caso, para formalizar la reconvencción.
3. En caso de reconvencción, la demandada tendrá un plazo de cinco días desde la recepción de la contestación de la demanda para la contestación a la re-convencción. A ambas partes se les concederá un plazo común de cinco días para efectuar la provisión de fondos correspondiente a la reconvencción.
4. En sus escritos, de las partes propondrán la prueba de la que intenten valerse, acompañando con los mismos los informes o dictámenes pertinentes. En cualquier fase del procedimiento, el árbitro único podrá reclamar de las partes o de terceros la aportación de las pruebas que estime convenientes.
5. Excepcionalmente, el árbitro podrá modificar y adaptar los plazos establecidos, velando por la máxima celeridad del procedimiento.
6. En caso de que las partes únicamente propongan pruebas documentales, no será necesaria la celebración de audiencia de prueba, a menos que una de las partes parte o el árbitro lo requiera.
7. El árbitro puede proponer asimismo a las partes la omisión de la audiencia de prueba si estima suficiente la aportación por escrito de las pruebas testificales o periciales propuestas.
8. El árbitro único, en los 7 días siguientes a la recepción del último escrito de alegaciones, oirá a las partes sobre la admisibilidad de la prueba planteada de contrario y, en su caso, sobre cualquier exhibición documental que obre en poder de la contraparte y que la parte instante considere necesaria para la prueba de los hechos de la controversia.
9. El árbitro único decidirá de plano sobre las alegaciones de las partes en el plazo de 2 días y dictará la orden pertinente sobre la organización de la audiencia.
10. En caso de estimarse necesaria, la audiencia de prueba se celebrará en el plazo de quince días a contar desde la recepción por las partes del último escrito de alegaciones.
11. Salvo que se estime por las partes o el árbitro que la audiencia presencial resulta pertinente, la audiencia de prueba se desarrollará de forma telemática a través de la plataforma “Microsoft Teams”, o cualquier otra que la sustituya, que la Corte pondrá a disposición de las partes.



12. Concluida la audiencia de prueba o, en su caso, el trámite de alegaciones, se establecerá un plazo de cinco días para que las partes formulen por escrito sus conclusiones y aporten al árbitro y a la Corte un listado de los gastos incurridos en su defensa, acompañado de su correspondiente justificación.
13. El árbitro dictará el laudo dentro del plazo de 1 mes a contar desde la notificación a las partes de los respectivos escritos de conclusiones.

La Corte solo podrá conceder un plazo adicional para dictar el laudo de 1 mes.

En cuanto al coste de la resolución de los litigios, tal y como hemos señalado, la cuantía máxima por la que se puede celebrar un contrato menor son quince mil euros –IVA no incluido– por lo que el coste del arbitraje no puede ser tan significativo que haga a los posibles afectados renunciar a su uso, como sucede con los sistemas ordinarios de impugnación. Ahora bien, en primer lugar, resulta necesario proponer un sistema de abono de este procedimiento que no recaiga exclusivamente en una de las partes afectadas y ello porque nuevamente supondría un debilitamiento del impulso de su uso. Así, por tanto, se propone una cofinanciación en la que ambas partes, administración contratante y empresa, asuman el coste del laudo arbitral, con independencia de a quién pueda favorecer su resultado.

En segundo lugar, se debe determinar cómo establecer la cuantía a abonar, esto es, el coste por los trabajos realizados por cada asunto sometido a arbitraje. Se propone que los costes se calculen estableciendo un porcentaje sobre el valor del contrato, por lo que éstos resultarían proporcionales al beneficio a obtener; y, en todo caso, con un mínimo que permitiría cubrir el coste del servicio. En este sentido, tal y como ya se contempla en las propias normas sobre aranceles de la Corte Civil y Mercantil, cuando ese porcentaje no permita alcanzar una cuantía mínima para cubrir el coste del servicio prestado, se establecerá un coste mínimo para cualquier procedimiento, fijándose unos honorarios mínimos de 2.000 €, en el ap. 3 de la regulación de los Aranceles de la CIMA.

Como apunte final y, respecto a la competencia para dar solución a los laudos arbitrales, debemos señalar que el art. 44 LCSP deja claro cuáles son las competencias de los tribunales administrativos de recursos, excluyendo expresamente, por su cuantía, a los contratos menores. La reducción de las cuantías que resultan impugnables ante estos órganos ha supuesto un incremento significativo de los recursos presentados, por lo que, quizás, la solución más apropiada sea que otros organismos expertos en la materia sean quienes materialicen la respuesta a dichos conflictos a través del arbitraje mediante la aplicación del procedimiento simplificado señalado.



IV. CONCLUSIONES

TAL y como hemos significado a lo largo de este estudio, la contratación pública menor adolece de una falta de sencillez para dar solución a las controversias que puedan surgir tanto en la fase de preparación y adjudicación del contrato como durante la ejecución del mismo. Por ello, resulta necesario favorecer el uso de otros sistemas de impugnación que se ajusten a las particularidades propias de este procedimiento menor de contratación y que permitan reducir las exigencias del actual sistema de impugnación sin perder el sometimiento a los Principios Generales del Derecho y a la legalidad vigente.

El impulso a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para que los poderes adjudicadores implementen el arbitraje como instrumento para la resolución de los conflictos que se produzcan en estos procedimientos contractuales entre la administración contratante y los operadores económicos participantes, permitiría obtener una respuesta acorde con la sencillez que se propugna del contrato menor.

Por otra parte, ese impulso debe venir acompañado de algunas modificaciones en los sistemas regulados en la normativa sobre los laudos arbitrales, para reducir los tiempos de respuesta en los asuntos sometidos al mismo, de tal manera que su uso resulte positivo de manera indiscutible.

Con todo ello, se ha querido presentar una solución válida y eminentemente efectiva que contemple una situación que actualmente no está regulada de manera singular en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a la figura de los contratos menores y que debido al incremento de la participación de los operadores económicos en la selección del contratista se sucede de manera más habitual, sin que hasta ahora se haya dado la respuesta adecuada a la simplificación que tanto se necesita.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS PANIZO, C.I., “El arbitraje en la contratación pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, 2019, pp. 191–218.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V.M., “Los nuevos mecanismos de control y resolución extrajudicial de conflictos en Derecho administrativo. En especial, el arbitraje administrativo”, *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, 2016, pp. 177–201.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V.M., “El arbitraje y otros medios de resolución de conflictos en Derecho administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2012, pp. 101 a 164.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos”, *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, pp. 549–564.
- GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, Aranzadi, 2011.



- GIMENO FELIÚ, J.M., *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- HUERGO LORA, A.J., “El arbitraje en el Derecho administrativo”, *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, 2007, pp. 269–281.
- PASCUAL GARCÍA, J., “La regulación de los convenios administrativos en la ley de régimen jurídico del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, 2016, pp. 157–186.
- VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, B., *La figura del contrato menor en la contratación pública española*, Aranzadi, 2023.



Ejecución de los contratos públicos

I. FASES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Y A en el art. 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) se diferencia, al regularse el objeto y finalidad de dicha ley, entre la adjudicación, por un lado, y los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, por otro lado.

De esta forma, los procedimientos en virtud de los cuales las diferentes entidades del sector público adjudican sus contratos se rigen por unos principios que garantizan la libertad de acceso a los licitadores, la publicidad, la transparencia, la no discriminación y la igualdad de trato. Al mismo tiempo, la adjudicación de los contratos debe asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Y todo lo anterior es lo que se enmarca en el procedimiento encaminado a adjudicar un determinado contrato por alguna de las entidades a las que se refiere la LCSP al definir su ámbito subjetivo en el art. 3.

Pero, una vez adjudicado un contrato, se regula una segunda fase que se identifica con los efectos, cumplimiento y extinción de tal contrato. Así, se dice en el mismo art. 1 que también es objeto de la LCSP la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

Esta última previsión nos debe llevar a destacar que los contratos que adjudica una entidad del sector público deben perseguir la realización de fines de carácter público que, a la postre, se identificarán con el necesario servicio a los intereses generales que debería ser guía para cualquier actuación de la Administración Pública, tanto cuando actúa directamente como cuando acude a empresarios privados para adjudicarles un contrato de servicios, de suministros, de obras o de concesión.



La idea que acabamos de resaltar nos lleva a entender que, una vez adjudicado el contrato, el adjudicatario colabora con la entidad del sector público que ha licitado el suministro, los servicios, las obras o la concesión para la consecución de fines públicos. Y en esta colaboración se enmarca todo lo que tenga que ver con los efectos, cumplimiento y, en su caso, extinción del contrato adjudicado.

Lo expuesto permite diferenciar, como empezábamos afirmando, una primera fase en la contratación pública dirigida a la adjudicación de un determinado contrato y una segunda fase que, ya se ha comentado, engloba la vida del contrato una vez adjudicado.

Y la diferenciación aludida resulta esencial en la materia que ahora se aborda porque, como es fácilmente deducible, la presencia del arbitraje en la contratación pública se centra en la segunda de las fases enunciadas. De esta forma, la adjudicación de un contrato a un licitador y los problemas que de tal adjudicación pueden surgir no son objeto de arbitraje. Sin embargo, lo que ocurre durante la vida de un contrato ya adjudicado es lo que puede suponer la presencia del arbitraje como medio idóneo para solucionar los muchos y variados conflictos que, en esa fase, pueden surgir entre las dos partes contractuales; esto es, entre la entidad del sector público contratante y el profesional o la sociedad adjudicataria que debe llevar a cabo la prestación en la que consista el contrato adjudicado.

El ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, positivizó esta diferenciación y el hecho de que pueda acudir al arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas. En concreto, decía el art. 50 del derogado Texto Refundido de 2011:

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

De este precepto, que no encuentra análogo en nuestra actualmente vigente LCSP, se deducía con claridad la posibilidad de someter a arbitraje todo lo que tenga que ver con la ejecución de un contrato del sector público. Pero, como puede advertirse, su redacción también exigía diferenciar entre las Administraciones Públicas propiamente dichas y las entidades del sector público que no son, específicamente, Administración Pública (algo que en la vigente LCSP se encuentra previsto en el art. 3 dedicado a su ámbito subjetivo).



II. ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS QUE PUEDAN SURGIR EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PRIVADOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. Previsiones legales

HABIENDO diferenciado las fases de adjudicación y de ejecución de los contratos públicos y destacada la norma del Texto Refundido de 2011 ya derogada que preveía claramente la arbitrabilidad de los conflictos que puedan surgir en la ejecución de los contratos públicos, se plantea si, a pesar de no encontrar una norma semejante al art. 50 del Texto Refundido de 2011 en la vigente LCSP, puede seguir defendiéndose la posibilidad de someter a arbitraje cualquier conflicto que surja entre las entidades del sector público y los contratistas durante la ejecución y en la eventual resolución de los contratos adjudicados.

Son varios los argumentos que se esgrimen a favor de tal arbitrabilidad centrada, como venimos diciendo, en la fase del contrato ya adjudicado que se refiere a la producción de efectos, al cumplimiento y a la extinción de los contratos. Y, como se ha analizado ya en otros capítulos de esta misma obra, se puede acudir a diversos preceptos contenidos en nuestro ordenamiento jurídico para advenir tal posibilidad.

Sin querer centrarnos demasiado en esta cuestión, no podemos dejar de mencionar el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas Directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores. Debe destacarse que el ámbito subjetivo del Real Decreto-ley 3/2020 se centra en los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública y en las empresas públicas; es decir, se excluyen expresamente las entidades que con arreglo a la LCSP tengan la consideración de Administraciones Públicas. Teniendo presente esta precisión subjetiva, el art. 123 del mismo Real Decreto-ley 3/2020 dispone:

Las entidades contratantes podrán remitir a un arbitraje en derecho, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.

Los pliegos de condiciones determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista.

Cuando el pliego no señale la composición del órgano arbitral, y no exista acuerdo sobre la misma entre la entidad contratante y el contratista, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación a que se refiere el art. 119.

También la Disposición Adicional Primera de la LCSP de 2017 prevé la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos con empresas extranjeras en defecto de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir.



Y en el ámbito autonómico, el Decreto-ley andaluz 3/2021, de 16 de febrero, prevé en su art. 33.1 lo siguiente:

La solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento, cuestiones relativas al reequilibrio económico del contrato y extinción de los contratos sobre materias de libre disposición conforme a derecho, de expedientes que se financien con cargo a los fondos europeos, independientemente de la cuantía de los mismos, se podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2023, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

(...) La sumisión a arbitraje no podrá en ningún caso suponer renuncia al ejercicio de las prerrogativas de la Administración en los contratos reconocidas en el art. 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de modo que lo que se someterá a arbitraje será el acuerdo que adopte el órgano de contratación después del procedimiento que para el ejercicio de dichas prerrogativas establece el art. 191 de dicha ley.

Aunque en este último caso no se excluya a la propia Administración de la Junta de Andalucía, sí que se prevé que la posibilidad de someter a arbitraje las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento, cuestiones relativas al reequilibrio económico del contrato y extinción está limitada a los contratos financiados con los fondos europeos del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea y con los fondos europeos del período de programación 2014–2020.

En cualquier caso, lo que queda claro es que, aunque con ciertos límites dependiendo de la norma que lo prevé, la arbitrabilidad de la fase de ejecución del contrato ya adjudicado es la que se reconoce expresamente en nuestro Derecho positivo.

2. Ejemplos concretos

Materializando la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que puedan surgir durante la ejecución de un contrato, nos centramos en ejemplos concretos en los que las diferentes normas de contratación de entidades del sector público que no son Administración Pública prevén tal posibilidad.

En diversos contratos de obras adjudicados por ACUAMED hace años, nos encontramos con esta cláusula:

Cláusula 44:

44.1. Es voluntad de las partes renunciar expresamente al fuero judicial y someter a arbitraje, del modo y en las condiciones que se estipulan en las cláusulas siguientes, las cuestiones litigiosas que puedan surgir entre ellas en relación con este contrato.

Se entiende por cuestiones litigiosas, a título enumerativo, cualquier punto, reclamación, litigio o controversia, cualquiera que sea su naturaleza, que constituya una diferencia entre las partes y que éstas no puedan o no quieran solucionar por sí mismas, tanto si se refiere a la formalización y consumación del contrato, su interpretación, ejecución, derechos y obligaciones derivados del mismo o bilateralidad de las prestaciones y cumplimiento, como si versa sobre su incumplimiento, ineficacia, vicios y sus consecuencias, nulidad o anulación, resolución o rescisión.



Se añadía que el arbitraje sería de derecho y su administración se encomendaba a la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) previéndose la constitución de un tribunal arbitral de tres árbitros.

También diversos pliegos administrativos de contratos adjudicados por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITT) preveían la misma posibilidad. Por su parte, y de forma análoga, estando vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, la Sociedad Mercantil Estatal de Infraestructuras Agrarias (SEIASA) aprobó en su Consejo de Administración de 29 de marzo de 2017 las Instrucciones Internas para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada previéndose lo siguiente:

En los contratos no sujetos a regulación armonizada las cuestiones litigiosas que pudieran originarse se sustanciarán, en todo caso, ante la jurisdicción civil, sin perjuicio de la sumisión voluntaria al procedimiento arbitral cuando así se especifique en cuanto a efectos, cumplimiento y extinción.

Aunque estemos ante previsiones de hace años, la duración de determinados contratos (sobre todo, de obras) unido al hecho de que lo que se somete a arbitraje sea, como venimos exponiendo, la ejecución del contrato y todas las controversias surgidas durante tal ejecución, determina que todavía siga vigente la posibilidad de acudir al arbitraje en muchos supuestos que se fundan en las previsiones destacadas.

También puede destacarse la Orden FOM/4003/2008, que aprueba las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias. Su regla 45, ubicada en el Título VI (“Reclamaciones y recursos”), dispone tras la modificación operada por Orden FOM/1698/2013, de 31 de julio:

En todo caso, la solución de las controversias relativas al cumplimiento, efectos y extinción de los contratos se podrá someter a arbitraje si así se prevé en los pliegos o en el documento contractual.

Coherentemente con esto, encontramos en algunos pliegos de condiciones para la contratación de servicios de Puertos del Estado la siguiente cláusula:

En todo caso, las partes podrán someter, de común acuerdo, toda controversia relativa a los efectos, ejecución, modificación, cumplimiento y extinción de este contrato a arbitraje, administrado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) o por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), de conformidad con sus respectivos Reglamentos de Arbitraje vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje.

La remisión a la Asociación Europea de Arbitraje, dentro de la cual se encuentra el Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (conocido como TACOP), nos lleva a constatar que en el art. 1 de su Reglamento vigente desde el 1 de enero de 2024 se prevé:

La Asociación Europea de Arbitraje (en lo sucesivo, indistintamente y a los solos efectos de este Reglamento, la Asociación) es una institución arbitral privada constituida al amparo de la legislación española. (...) La función de la Asociación consiste en promover la solución, mediante arbitraje, (...) de las controversias relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos adjudicados por entes, organismos o entidades del sector público que no tengan carácter de Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público o por la legislación que lo modifique o complemente, vigente en cada momento.



Con los ejemplos referidos se mantiene lo ya anticipado en torno a que el arbitraje en la contratación pública se centra en las controversias que surjan en la ejecución de los contratos y, más allá, que son los contratos privados del sector público, esto es, los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administración Pública o los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador, los que se someten a arbitraje en tal fase de ejecución. A esto debe añadirse, como excepción, la posibilidad de someter a arbitraje la ejecución de un contrato administrativo celebrado por la Administración Públicas cuando la empresa adjudicataria sea una empresa extranjera y no se haya podido incorporar la cláusula de sujeción a los Tribunales de Justicia españoles (Disposición Adicional Primera de la LCSP a la que hemos aludido más atrás).

III. TIPOS DE CONTRATOS Y REGULACIÓN DE SU EJECUCIÓN

1. Clasificación de los contratos

COMO se deduce del art. 12 LCSP, las entidades pertenecientes al sector público podrán celebrar contratos típicos y atípicos. Dentro de los contratos típicos, el mismo art. 12 alude a los contratos de obras, de concesión de obras, de concesión de servicios, de suministro y de servicios. Y, más allá, se prevé la posibilidad de celebrar un contrato mixto cuando, como dice el art. 18 LCSP, se contienen prestaciones correspondientes a más de uno de los tipos contractuales que se han enumerado.

De forma sintética, recordamos cómo se define cada uno de esos tipos contractuales en los arts. 13 a 17 LCSP:

- Son contratos de obras los que tienen por objeto la ejecución de una obra, asilada o conjuntamente con la redacción del proyecto; se entiende por obra el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.
- La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones propias del contrato de obras, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos debiendo ser parte de la contraprestación del adjudicatario el derecho a explotar la obra.
- El contrato de concesión de servicios es aquel en el que un poder adjudicador encomienda al adjudicatario la gestión de un servicio cuya prestación sea de la titularidad o competencia del poder adjudicador transfiriéndose al concesionario el riesgo operacional.



- El contrato de suministro es el que tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.
- Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro.

Además de esta primera clasificación por tipos contractuales, también se debe aludir, como se ha avanzado en los puntos anteriores, a la importancia que tiene para estudiar la arbitrabilidad de los contratos del sector público la diferenciación entre contratos privados y contratos administrativos (ya que, salvo muy pocas excepciones, son sólo los contratos privados los que están sujetos a arbitraje).

De forma igualmente sintética y quedándonos ahora sólo en las normas generales que al respecto se contienen en los arts. 25 y 26 LCSP, diremos que son contratos administrativos los contratos que se celebren por una Administración Pública (aunque hay excepciones) y que son contratos privados los que celebren las entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública (también con determinadas especialidades o excepciones).

2. Normas aplicables a la ejecución de los contratos susceptibles de arbitraje

Atendiendo a la doble clasificación que acaba de apuntarse, debe comenzar precisándose que el hecho de que la arbitrabilidad se centre en la fase de ejecución nos debe llevar a analizar los tipos contractuales desde la óptica de los efectos, cumplimiento y extinción.

De esta forma, y como ya se ha repetido que, como regla general, sólo serán susceptibles de arbitraje los contratos privados del sector público, las normas que deben tenerse en cuenta no son, salvo remisión, ni las que se contienen en la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP (por estar dedicada tal Sección 3ª a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, esto es, de los contratos de las Administraciones Públicas), ni las que componen en Título II del mismo Libro Segundo (porque, igualmente, se refiere a los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas).

Así, las normas esenciales que deben ser tenidas en cuenta para regular los diferentes contratos que pueden celebrar otros entes del sector público distintos de las Administraciones Públicas son las que se contienen en el Libro Tercero de la LCSP, dedicado a los contratos de otros entes del sector público.

En concreto, y en lo que aquí interesa, el art. 319.1º regula los efectos y extinción de los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas en los siguientes términos:



Los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de Derecho privado. No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los arts. 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del art. 198, 4.º del art. 210 y 1.º del art. 243.

Y, de forma mucho más sencilla, el art. 322.1º se dedica a los efectos, modificación y extinción de los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

Los efectos, modificación y extinción de los contratos de las entidades del Sector Público que no ostenten la condición de poder adjudicador se regularán por las normas de Derecho privado que les resulten de aplicación.

En ambos casos, y como acaba de verse, las normas a las que debe acudir en primer lugar para regular los efectos, modificación y extinción de tales contratos privados serán las de Derecho privado que les resulten de aplicación.

Esto, que permite adentrarnos en qué normas serán las que deben ser aplicadas en un eventual procedimiento arbitral en derecho sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados del sector público, es, además, y como se estudia en otros capítulos de esta obra, lo que fundamenta, junto a otros argumentos, la posibilidad de someter a arbitraje lo que ahora se analiza: la ejecución de los contratos privados del sector público.

En consecuencia, y llegados a este punto, debe concluirse que los contratos privados del sector público pueden prever en su clausulado la sumisión a arbitraje de los conflictos que puedan surgir durante su ejecución. Y esto se producirá cualquiera que sea el tipo de contrato que celebre la entidad contratante: típico (obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministros y servicios) o atípico (cualquiera previsto en Derecho privado conforme a las normas de la autonomía de la voluntad).

Y sometiendo a arbitraje de derecho los conflictos que hemos concretado como susceptibles de ser resueltos por este medio alternativo al jurisdiccional, serán, en principio, las normas de Derecho privado las que deben ser aplicadas por los árbitros. Pero, no lo olvidemos, en determinados casos se produce una remisión expresa a normas de Derecho administrativo si por ellas entendemos las contenidas en la LCSP. De esta forma, ya hemos visto cómo el art. 319.1º prevé que sean de aplicación algunos preceptos de la LCSP a los efectos y extinción de los contratos privados de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública. Y, además, es muy frecuente que los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos privados (tanto de los que celebran los poderes adjudicadores como de los que celebran entidades que no tienen ese carácter) se remitan expresamente o reproduzcan como contenido del propio pliego lo previsto en la LCSP para cada tipo contractual en sede de efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

De lo expuesto se colige que los aspectos concretos que pueden surgir al someterse a arbitraje los conflictos que aparezcan entre las partes al ejecutarse los contratos del sector



público se pueden sistematizar atendido al tipo de contrato y, más allá, a la normativa específica que deba considerarse aplicable (esto es, normas de Derecho privado, como principio en los contratos privados a los que nos venimos refiriendo, pero, como se ha anticipado, también normas de la propia LCSP sobre cuestiones tan esenciales en determinados tipos de contratos como la modificación).

IV. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS, DE CONCESIÓN DE SERVICIOS, DE SUMINISTRO Y DE SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO

CONFORME con el criterio sistemático aludido, la ejecución de los contratos y su eventual sumisión a arbitraje puede estudiarse atendiendo a los tipos contractuales que se mencionan en el ya estudiado art. 12 LCSP.

De esta forma, procede analizar el devenir específico de cada uno de tales tipos de contratos una vez se han adjudicado y formalizado y están en ejecución para poder concretar la aplicabilidad concreta del arbitraje como medio de solución de los conflictos que suelen ir surgiendo. Porque, como es evidente, cada tipo contractual suele enmarcar un mismo tipo de conflictos por ser muy similares las prestaciones que se contienen en cada uno.

Como ejemplo, si acudimos a los contratos de suministros, en todos ellos se exigirá que el contratista entregue los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas. Y, por parte de la entidad contratante, la principal obligación será la del pago de los bienes suministrados una vez se haya comprobado que cumplen con los requisitos técnicos. Pues bien, ante esto, los problemas que suelen surgir tienen que ver con tales obligaciones y es muy común que en procedimientos arbitrales relativos a la ejecución de contratos de suministros se dilucide en torno a los bienes suministrados, y, en concreto, a si los mismos cumplían o no con lo requerido en los pliegos técnicos.

Acudiendo a un supuesto concreto, resulta interesante la arbitrabilidad que, para los conflictos surgidos en su ejecución, se dictaminó con respecto al contrato de suministro firmado el 26 de marzo de 2020 entre el Sistema Nacional de Salud y la empresa “China Meheco Co. Ltd” para la adquisición de mascarillas quirúrgicas, de mascarillas de protección respiratoria FFP2, de gafas de protección y de guantes de nitrilo. Como expuso el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de noviembre de 2023 (Número de Expediente 117/2023), se trataba de un contrato de suministro que, a pesar de haber sido adjudicado por la Administración General del Estado, se podía someter a arbitraje en virtud de lo previsto en la ya citada Disposición Adicional Primera de la LCSP (en concreto, se previó la sumisión del expediente a la entidad “China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC”). Y, dicho esto, se centró el problema a resolver por el procedimiento arbitral reconocido como oportuno en si la entrega del material suministrado cumplía o no con las prescripciones técnicas exigidas.



Así, los contratos de suministro y su ejecución suelen plantear problemas que responden, normalmente, al patrón al que acabamos de aludir con el ejemplo del suministro adjudicado a la empresa china. Pero, como puede comprobarse en el Índice de esta obra, existe un capítulo específico dedicado a los contratos de suministros que desarrolla con más detalle las cuestiones que aquí han quedado simplemente esbozadas.

De la misma forma, podría aludirse a otros conflictos que suelen ser los que se plantean en la ejecución de los demás tipos contractuales a los que se refiere este punto, pero, como también puede comprobarse, la obra en la que se insertan estas líneas contiene capítulos específicos para cada uno de los tipos contractuales siendo tales capítulos los que analizarán el arbitraje que puede surgir al ejecutarse cada uno de los contratos.

Pero, entre los tipos contractuales que se van desarrollando en los diferentes capítulos de esta obra, se deja para su análisis más específico en este capítulo el contrato de obras que, además, es el que en su ejecución más problemas suele presentar por ser extremadamente frecuente que surjan conflictos entre la entidad contratante y el contratista.

V. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRAS DEL SECTOR PÚBLICO

1. Controversias entre las partes y su solución

LLEGAMOS así, como se acaba de anunciar, a la ejecución de los contratos de obras, que debe ser abordada desde la óptica de su arbitrabilidad. Es decir, lo más adecuado conforme a lo que se ha ido desarrollando en estas páginas es repasar la ejecución de los contratos de obras adjudicados por las entidades del sector público para identificar los puntos que, normalmente, suelen conllevar mayor número de conflictos susceptibles de ser resueltos por cortes arbitrales como medio alternativo a los órdenes jurisdiccionales que son competentes según los casos.

Porque ante un contrato de obras adjudicado por una entidad del sector público, los problemas que pueden surgir durante su ejecución pueden solventarse ante los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo (si el contrato es administrativo) o del orden civil (si el contrato es privado y no hay convenio arbitral), o ante la corte arbitral que se haya designado en el correspondiente convenio arbitral de un contrato privado del sector público.

Como cuestión indiscutible, la situación actual de colapso de los Juzgados y Tribunales del orden civil (que es el que interesa en lo que ahora estamos analizando por ser donde residen los contratos privados) conlleva que sea preferible, por la rapidez, acudir al arbitraje en el caso de que así esté previsto. No en vano, las empresas constructoras que resultaron adjudicatarias de un contrato de obras pueden verse embarcadas en procesos judiciales civiles que, tras la liquidación de la obra que, normalmente, ya ha sufrido



retrasos, conllevan tener que esperar varios años para lograr una sentencia que decida sobre las controversias que han ido surgiendo.

Y, para evitar tal espera, los procedimientos arbitrales permiten que tanto las entidades contratantes como las empresas constructoras vean resultas en más breve plazo y con un análisis minucioso todas las controversias que han ido surgiendo.

Porque, como se está afirmando, en los contratos de obras son muy frecuentes y hasta podría decirse que inevitables los conflictos entre el dueño de la obra y el constructor que resulta adjudicatario. En este sentido, si se piensa en una obra pequeña encargada por un particular a un contratista para, por ejemplo, construir o reformar su propia vivienda, se constatará que lo más probable es que surjan problemas derivados de, fundamentalmente, variaciones que quieren introducirse o de necesidades surgidas por llevar a la realidad física lo que estaba en un proyecto.

Siendo así en una obra pequeña, todo se multiplica en obras de gran envergadura como las que se acometen por entidades públicas para, entre otras finalidades, dotar de infraestructuras a un territorio. Es absolutamente impensable que en obras como las que se adjudican por las entidades públicas no surjan incidencias que lleven a ampliar el plazo de ejecución de las obras, a tramitar un modificado, a suspender total o parcialmente las obras, etc. Y muchas de estas veces, la simple voluntad de las partes no es suficiente para llegar a acuerdos que permitan solventar tales incidencias convirtiéndose estas en conflictos que deben ser resueltos por los Tribunales de Justicia o, cuando así está previsto, por Cortes de Arbitraje.

Partiendo de lo expuesto, pasamos a analizar los problemas más frecuentes que surgen en la ejecución de un contrato de obras adjudicado por una entidad del sector público comenzando por un intento de reducción de las incidencias a un principio general relacionado con el plazo y el precio.

2. Principio general al que pueden reducirse las incidencias y las consiguientes controversias

Como principio general, debe decirse que las ofertas que presentan los licitadores que pretenden ser adjudicatarios de unas obras parten del estudio por la constructora del proyecto cuya ejecución se licita para concretar dos extremos esenciales: (i) el plazo de ejecución y (ii) el precio por el que se va a ejecutar.

En cuanto al plazo, su definición es determinante para saber el importe total de la ejecución porque hay costes (fundamentalmente, los indirectos y los generales, pero también otros como los relativos a seguridad y salud en la obra) que dependen de lo que dure la ejecución.

En cuanto al precio, los proyectos contemplan normalmente unidades de obra que deben definir el tipo de trabajo que se va a realizar, el número de unidades que son necesarias



(mediciones) y el precio por unidad de obra (a veces, este precio se descompone entre mano de obra, maquinaria y material); pues bien, partiendo de esto, la oferta de una empresa contratista suele contemplar una baja al precio por unidad de obra que ha previsto el proyectista.

Partiendo de esto, todos los problemas que surgen durante la ejecución de una obra pueden reducirse a la incidencia que tienen en el plazo o en el precio. Porque si la ejecución de una obra se preveía para un plazo de, por ejemplo, seis meses y, por circunstancias cuya imputabilidad habrá que analizar en el procedimiento arbitral, se amplía a doce meses, es insoslayable que tal obra ha supuesto mayores costes, aunque no se haya variado el precio. Y porque si la ejecución de una obra se encuentra con circunstancias que exigen aumentar el número de unidades de obra (mediciones) o introducir unidades de obra nuevas no previstas en el proyecto o incrementar el precio de las previstas, también resulta incuestionable que el coste total final de la obra subirá.

Lo que se extrae de estas primeras ideas y lo que, por tanto, será esencial en cualquier procedimiento arbitral que se tramite para solventar discrepancias entre el dueño de la obra y el constructor, es determinar, por un lado, la imputabilidad de la mayor duración de las obras y/o la imputabilidad de haber sido necesarias nuevas unidades de obra, un número mayor de las previstas o un incremento del precio, y por otro lado, el importe efectivo y acreditado que tales incidencias ha supuesto como sobrecoste para el contratista.

Porque si se decide que la circunstancia que ha alterado el plazo o el precio es imputable al dueño de la obra (por, por ejemplo, no contar con un proyecto adecuado a la realidad física del lugar en el que se debe ejecutar la obra, exigiéndose su modificación con nuevas unidades de obra no previstas inicialmente y aumentándose la duración de las obras con respecto a la inicialmente prevista), el arbitraje deberá decidir que el sobrecoste ocasionado por tal circunstancia debe ser abonado por la entidad contratante al constructor siendo necesario, además y como se ha adelantado, que también se concrete y se justifique adecuadamente en el laudo arbitral cuál es la cifra acreditada y efectiva de tal sobrecoste indemnizatorio (para lo que, también puede ir avanzándose, deviene esencial no sólo un análisis jurídico sino también un estudio técnico que se incorporará en el procedimiento arbitral con los correspondientes informes periciales).

Expuesto el principio general que subyace en la práctica totalidad de las incidencias que pueden surgir durante la ejecución de un contrato de obras, nos centramos en las más frecuentes para concretar lo que suele ser objeto de un procedimiento arbitral que tenga como objeto la ejecución de un contrato de obras adjudicado por una entidad del sector público que no sea Administración Pública a una empresa constructora.

3. Inicio de las obras

Tras la formalización del contrato de obras surge la obligación de firmar la denominada acta de comprobación del replanteo, que es el momento en el que se inicia la ejecución de las obras. En este punto, las incidencias suelen ser de dos tipos: la falta disponibilidad



de terrenos o la constatación desde ese momento inicial de carencias o deficiencias del proyecto que debe ejecutarse.

En efecto, en primer lugar, puede suceder que el contratista, al llegar al lugar de las obras para iniciar su ejecución se encuentre con que los terrenos todavía no están disponibles por, por ejemplo, no haberse completado las expropiaciones u ocupaciones precisas. Esto supone un retraso en el inicio de las obras que determina, como se ha adelantado, que la obra dure más de lo inicialmente previsto. Así, aunque es cierto que, en puridad, las obras no han comenzado, lo cierto es que la empresa constructora que resultó adjudicataria del contrato ve cómo la previsión con la que contaba (y que consistía en dedicar a esa obra un número determinado de meses a comenzar desde el día en el que, como máximo, se podía firmar la comprobación del replanteo) se altera, pudiendo tal alteración suponer un mayor coste si, como suele suceder, ya tiene preparados en el lugar en el que deben ejecutarse las obras, acopios de material, casetas de obra y hasta maquinaria.

Los efectos perjudiciales para el contratista derivados de la no iniciación de las obras son tan evidentes que se suele establecer que la suspensión del inicio de las obras por un plazo superior a un número determinado de meses (en los contratos administrativos y, por referencia a ellos, en muchos contratos privados, son cuatro meses) le da derecho a la resolución del contrato por causa imputable a la entidad contratante (porque es la entidad contratante la que, como dueña de la obra, tiene la obligación de poner a disposición de la empresa constructora los terrenos en los que se tiene que ejecutar la obra).

Además de lo anterior, esto es, de la indisponibilidad de los terrenos, en la misma acta de comprobación del replanteo se puede haber constatado ya por parte del contratista que el proyecto a ejecutar no puede serlo en los términos en los que está redactado. Así, es ciertamente frecuente que, por falta de estudios geotécnicos suficientes o por otras circunstancias, el proyecto cuya aprobación corresponde a la entidad contratante como dueña de la obra no sea adecuado y exija ser modificado. Esto, como se verá más adelante, cuando nos refiramos a los modificados, suele conllevar un sobrecoste más allá de la posibilidad de que se reconozca en el propio modificado un mayor precio y/o un mayor plazo de duración de las obras.

4. Suspensiones totales o parciales de la ejecución de las obras

Como decíamos al precisar cuál es la normativa aplicable a los contratos que celebran las entidades que no son Administración Pública (sean o no poderes adjudicadores), además del Derecho privado, hay que tener en cuenta las remisiones que legalmente o en los pliegos se producen a normas contenidas en la LCSP.

Pues bien, tanto en el caso de las suspensiones de la ejecución de las obras, que ahora abordamos, como en el de los modificados, a los que nos referiremos inmediatamente después, nos encontramos con aspectos en los que en la práctica totalidad de los contratos privados de las entidades del sector público reproducen o se remiten expresamente a la normativa administrativa.



En efecto, lo más común es que el art. 208 LCSP, dedicado a la suspensión de los contratos, sea aplicable a los contratos privados pese a estar ubicado en la Sección dedicada a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

De esta forma, en los contratos de obras se prevé que la entidad contratante pueda acordar la suspensión del contrato debiéndose consignar las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la que queda la ejecución al acordarse tal suspensión. En muchas ocasiones, la suspensión viene motivada por la necesidad de tramitar un modificado siendo indispensable no continuar, mientras se tramita, con un proyecto que se ha mostrado, en mayor o menor medida, inadecuado para conseguir el fin perseguido, esto es, para conseguir la correcta ejecución de la obra proyectada.

La suspensión puede ser total o parcial; así, aunque lo normal es que el proyecto sólo se modifique parcialmente, puede que lo que se modifica entre dentro de lo que técnicamente se conoce como “camino crítico” impidiendo que el resto del proyecto siga ejecutándose y suponiendo esta circunstancia que la suspensión sea total.

Desde otro punto de vista, la suspensión puede ser de facto o acordada por acta. A este respecto, debe aludirse a que se prevé que el contratista pueda pedir que se extienda el acta de suspensión y si la entidad contratante no responde a esta solicitud, se considerará que la suspensión se ha producido de facto desde la fecha señalada por el contratista en su solicitud.

Por otra parte, el mismo art. 208 LCSP contiene los conceptos indemnizables para los supuestos de suspensión siendo estos los siguientes: gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión, gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión, alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido, y los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratistas y que estuvieran previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.

De esta forma, se pone de manifiesto que, como se decía antes, la suspensión conlleva un aumento del plazo de ejecución (al menos, por el tiempo que está suspendida la obra) y, por este motivo, se reconocen los conceptos indemnizables enumerados y que deben ser probados o, más precisamente, cuantificados por, normalmente, informes periciales elaborados por peritos técnicamente solventes (en obras públicas suelen ser Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos). Poque si la obra, con ocasión de una suspensión, dura unos meses más de lo inicialmente previsto, es lógico que se incrementen los gastos de mantenimiento de la garantía definitiva, los gastos de las pólizas de seguro o los alquileres de maquinaria que estaban previstos para un determinado plazo y que se han tenido que prorrogar.

A todo lo resumido debe responder el procedimiento arbitral en el que se plantee por un contratista una controversia originada por una suspensión temporal total o parcial que



fundé en dicha suspensión una reclamación de sobrecostes. Así, el perjuicio que se ocasiona al contratista es indudable si la causa de suspensión es imputable a la entidad contratante y, por este motivo, también se suele prever como causa de resolución del contrato sin culpa del contratista la suspensión total por más de un determinado número de meses (en los contratos administrativos y, por referencia a ellos, en muchos contratos privados, son ocho meses).

5. Modificados

Al igual que se ha comentado al analizar las suspensiones de las obras, también en el caso de los modificados estamos ante una materia en la que las normas de Derecho administrativo contenidas en la LCSP son aplicables, por remisión expresa, a los contratos privados celebrados por entidades del sector público que no son Administración Pública.

Recordamos, a estos efectos, que el art. 319 LCSP, ya citado al precisar la normativa aplicable a los efectos y extinción de los contratos celebrados por los conocidos como PANAPs (poderes adjudicadores no Administración Pública), dispone que les serán de aplicación, entre otros preceptos, los arts. 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato. Además, y por remisión expresa de los pliegos, también es prácticamente unánime que los pliegos de los contratos licitados por las entidades que no ostentan la condición de poder adjudicador reproduzcan las normas sobre modificación de contratos previstas para los contratos administrativos en los arts. 203 a 205 LCSP.

Sin ser este el lugar para examinar de forma sistemática y profunda todo lo relativo a los modificados y a los muchos problemas que suelen surgir entre las partes al plantearse su necesidad, al tramitarse (muchas veces sin cumplir los plazos previstos para tal tramitación) y, finalmente, al firmarse con o sin reserva de acciones por parte del contratista, lo que sí debe advertirse es que la modificación de los contratos es una potestad atribuida al órgano de contratación debiendo estar fundada en causas o circunstancias que la justifiquen. Porque no puede olvidarse que se parte del necesario respeto al contrato adjudicado y formalizado entre la entidad contratante y el adjudicatario. En este sentido, ya desde el Dictamen del Consejo de Estado de 28 de julio de 2005 (relativo a la modificación del contrato concesional de Sogecable), se atribuye un carácter excepcional al *ius variandi* y se afirma que es necesario que concurran los presupuestos legalmente establecidos para poder modificar un contrato.

Conforme con esta idea, la Directa 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, regula la posibilidad de modificar los contratos del sector público sólo en supuestos tasados (habiéndose traspuesto esto a través de nuestra LCSP de 2017). No en vano, se ha dicho que un modificado no deja de ser una nueva adjudicación directa dirigida al contratista originario y, por eso, debe estar limitada a supuestos perfectamente justificados. Porque la nueva adjudicación en que consiste un modificado se produce sin que existan posibles licitadores (por ser, ya se ha dicho, una adjudicación directa a quien es contratista originario, a quien se le adjudicó el contrato que se modifica).



Por mucho que las entidades del sector público tengan una posición especial en la ejecución del contrato adjudicado (posición especial que tiene su primera manifestación en la redacción, de forma unilateral, de las condiciones contractuales), no puede olvidarse el carácter bilateral y sinalagmático de los contratos administrativos. Porque, como recuerda Boquera Oliver, si se deja el contrato a merced de una de las partes contratantes y se permite que lo altere a su voluntad no estaríamos ante un verdadero contrato. A este respecto, la STS CA 29 de abril de 1980 ya dijo que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una Administración Pública. Y de la misma idea es Horgué Baena cuando dice que si un contrato administrativo queda al arbitrio de una de las partes se pugna con la esencia de las obligaciones sinalagmáticas.

A pesar de lo dicho, existen pronunciamientos jurisprudenciales que destacan que el interés público del contrato prevalece sobre su inalterabilidad. García de Enterría dijo que frente al principio de inmutabilidad de los contratos privados y al correspondiente carácter estático de éstos, los contratos administrativos presentan una naturaleza dinámica, permitiéndose la alteración unilateral del contrato sobre el contratista por razones exclusivamente de interés general o público.

Ante esto, y debiendo aceptar la atribución de una potestad modificativa o *ius variandi* a la entidad del sector público por ser, precisamente, la que encarna los intereses generales que se persiguen con la ejecución del contrato adjudicado, lo que se reconoce como inmutable es el equilibrio contractual, que siempre debe ser mantenido y que constituye el verdadero objeto de la fuerza obligatoria. En palabras de Ubaud-Bergeron, ante la necesidad de modificar un contrato, incluso por voluntad unilateral de la entidad contratante, existe la obligación de garantizar el equilibrio económico de la relación contractual.

En cualquier caso, en muchas ocasiones viene siendo necesario adaptar el contenido del contrato a la realidad fáctica para obtener con ello el resultado inicialmente perseguido. Ahondando en esta idea, el Consejo de Estado expuso en su Memoria de 1990 cómo cierto grado de ductilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa. Y también es el Consejo de Estado el que ha advertido reiteradamente sobre la necesidad de extremar el celo por la entidad contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar los proyectos de obras (causa y consecuencia principal de las modificaciones contractuales).

Y esto último es lo que suele ser importante a la hora de analizar en un procedimiento arbitral los posibles perjuicios que pueden derivarse de un modificado. Perjuicios que pueden venir de no recogerse todo lo que se ha modificado realmente, de seguir considerando que los precios de las unidades de obra son los del momento de la licitación cuando el modificado se produce, a veces, años después, o de la necesidad de suspender el contrato mientras se tramita el modificado con, en muchas ocasiones, demoras prolongadas en tal tramitación imputables, en casi todos los casos, a la entidad contratante (que es la que, no lo olvidemos, puede acordar la modificación). De esta forma, no debe olvidarse que un modificado responde, en gran número de casos, a una falta de acierto del proyecto constructivo y, ya se ha comentado más atrás, el proyecto es competencia y responsabilidad de la entidad contratante.



No podemos dejar de mencionar, para terminar de dar esta visión general de los modificados, las conclusiones que se contienen en el Informe Anual de Supervisión 2023 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) del Ministerio de Hacienda.

En este Informe (en concreto, en su Módulo IX), se han estudiado las modificaciones de los contratos de obras sujetos a regulación armonizada (SARA) durante el año 2022 con especial enfoque en las no previstas en los pliegos. Así, se han analizado 156 modificaciones contractuales de las cuales 19 estaban previstas en los pliegos y 137 no estaban previstas.

El Informe Anual al que nos referimos empieza advirtiéndolo que las modificaciones han sido utilizadas en ocasiones de forma errónea como una vía alternativa a la ampliación contra legem del presupuesto base de licitación y/o del precio de adjudicación, de las prestaciones que originalmente constituían el contrato o para evitar una nueva contratación.

Y entre las conclusiones del Informe destaca lo que se dice en cuanto a la posible relación entre la existencia de valores anormales en la oferta adjudicataria y la modificación posterior del contrato: se ha observado que de los 88 contratos modificados analizados de los CPV 4523 y 4521, las ofertas adjudicatarias que estuvieron incursas en el procedimiento del art. 149 LCSP por presentar valores supuestamente anormales, representan el 2,27%. De este bajo porcentaje pudiera deducirse por la documentación a la que se ha podido acceder, que no ha habido relación de causalidad entre las modificaciones contractuales y las ofertas incursas en presunción de anormalidad.

Además, continúa el Informe, no puede perderse de vista que los órganos de contratación no han actuado correctamente en cuanto a la información ofrecida sobre los modificados en un gran porcentaje. En efecto, al supervisarse las causas de las modificaciones contractuales no previstas en los Pliegos se llega a la siguiente distribución de causas:

- a. Circunstancias imprevisibles: 43
- b. No sustancial: 19
- c. Prestaciones adicionales: 11
- d. Causa múltiple: 10
- e. Sin datos: 54

TOTAL: 137 modificaciones no previstas en los Pliegos

Llama la atención que del 39,42% (54 de 137 modificaciones no previstas) no se tengan datos sobre la causa. Por este motivo, entre las recomendaciones se encuentra la siguiente: en primer lugar, se recomienda en el caso de las modificaciones no previstas, y a la vista del alto porcentaje de modificaciones sin información, justificar lo indicado en el art. 205 LCSP, destacando la causa que da lugar a la modificación.



6. Conceptos indemnizables. Valoración de los informes periciales

Dejando a un lado otros potenciales problemas que pueden surgir durante la ejecución de un contrato de obras y que, por tanto, pueden motivar acudir a un procedimiento arbitral (como los derivados de ampliaciones de plazo o prórrogas, de reajustes de anualidades que pueden alterar el plan de obra, de revisiones de precios, de retrasos en el pago de certificaciones, de cuestiones relacionadas con las mediciones o la relación valorada, con la recepción de las obras, su garantía o su liquidación, o con relación a la resolución del contrato), terminamos este análisis aludiendo a un aspecto esencial en toda controversia que pueda ser sometida a arbitraje tras la ejecución de unas obras adjudicadas por una entidad del sector público: los conceptos indemnizables y su concreción.

Como se ha comentado antes, en toda reclamación posterior a la ejecución de unas obras deben analizarse aspectos como la imputabilidad de la causa de la reclamación y, desde una perspectiva más técnica, la cuantificación de la propia reclamación. Para esto segundo es para lo que es imprescindible contar con periciales que justifiquen técnicamente lo que se pide y por qué conceptos se pide.

Vista la imprescindible necesidad de contar con informes periciales para decidir sobre la cuantía concreta que, en su caso, proceda estimar a favor de la parte que reclama, debemos aludir, de forma sintética, a la imprescindible labor de la árbitro que se concreta, en lo que ahora nos detenemos, en valorar la prueba pericial.

Los procedimientos arbitrales admiten, como no podía ser de otra forma, la prueba pericial y, sobre su valoración, los laudos acuden a la doctrina establecida al respecto por los Tribunales de Justicia. Por ejemplo, podemos citar el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sección Primera), de 10 de octubre de 2018, que dice:

“En nuestro sistema procesal, como es sabido, viene siendo tradicional sujetar la valoración de la prueba pericial a las reglas de la sana crítica. El art. 632 de la LEC anterior establecía que los jueces y tribunales valorasen la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a someterse al dictamen de peritos, y la nueva LEC, en su art. 348, de un modo incluso más escueto, se limita a prescribir que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, no cambiando, por tanto, los criterios de valoración respecto a la LEC anterior”.

En el mismo Auto del Tribunal Supremo se concreta lo que el Tribunal y, por tanto y en su caso, el árbitro o los árbitros, debe ponderar ante un dictamen de peritos:

- 1 Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro (STS 10 de febrero de 1994).
- 2 Deberá también tener en cuenta el Tribunal las conclusiones conformes y mayoritaria que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes (STS 4 de diciembre 1989).



- 3 Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28 de enero de 1995).
- 4 También deberá ponderar el Tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el Tribunal que a los aportados por las partes (STS 31 de marzo de 1997).

Y, por lo demás, el mismo Auto de 10 de octubre de 2018, de forma muy clara, se refiere a los casos en los que la jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba pericial se vulneran las reglas de la sana crítica (algo perfectamente aplicable a los laudos arbitrales y que debe ser tenido muy en cuenta en cualquier procedimiento arbitral que exija, como en los casos a los que nos estamos refiriendo, valorar uno o varios informes periciales):

- 1 Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial (STS 17 de junio de 1996).
- 2 Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. (STS 20 de mayo de 1996).
- 3 Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el Tribunal, con base en los dictámenes aportados, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes (STS 7 de enero de 1991).
- 4 Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.
- 5 Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad (STS 11 de abril de 1998).
- 6 Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios (STS 13 de julio de 1995).
- 7 Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes lleven al absurdo (STS 15 de julio de 1988).

Expuestas estas ideas, esenciales para todo procedimiento arbitral que conlleve la valoración de informes o dictámenes periciales, apuntamos, para terminar, que las cuantías concretas que se reclaman como sobrecostes derivados de incidencias ocurridas durante la ejecución de un contrato de obras, suelen clasificarse en los siguientes conceptos:

- A) *Costes directos*. Los costes directos son consecuencia de un incremento en el coste de ejecución de las obras. De esta forma, si existe discrepancia en, por ejemplo, las mediciones de una determinada unidad de obra, lo que se reclamará será coste directo (porque el contratista entenderá que se ha necesitado ejecutar más “cantidad” de esa unidad de obra que la que se ha certificado o que la que se había proyectado).



- B) *Costes indirectos*. Los costes indirectos se definen en el art. 130 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas diciéndose que son los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc., los de personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos. Todos estos gastos, excepto aquellos que se reflejen en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas, se cifrarán en un porcentaje de los costes directos, igual para todas las unidades de obra, que adoptará, en cada caso, el autor del proyecto a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, de la importancia de su presupuesto y de su posible plazo de ejecución.
- C) *Gastos generales*. Podría hablarse mucho de los gastos generales y, sobre todo, de su fórmula de cálculo por las dificultades que entraña (así, los Tribunales de Justicia siguen sin decantarse unánimemente sobre si es aceptable acudir a porcentajes, como estableció el Consejo de Obras Públicas en su Sesión de 12 de junio de 2003, o si es imprescindible una acreditación que, por su propio concepto, es prácticamente imposible).

Porque, de forma sintética, puede afirmarse que los gastos generales son los gastos de estructura y de servicios generales de la empresa constructora que se dedican, en un determinado porcentaje, a una obra determinada. Por ejemplo, si una empresa constructora tiene unos gastos en servicios jurídicos internos que pueden precisarse en cómputo anual, debería entenderse que una parte de esos gastos en servicios jurídicos internos han sido destinados al asesoramiento que los abogados internos han prestado a la obra en cuestión durante su ejecución (por supuesto, los servicios jurídicos internos ofrecen simultáneamente asesoramiento a las diferentes obras que están en ejecución y, por ese motivo, es complicado saber con exactitud cuánto tiempo de su trabajo dedican a cada obra; de ahí lo difícil que es probar o acreditar los gastos generales que no son sólo de asesoramiento jurídico sino de todo lo que de la estructura de una empresa se repercute en la obra cuya ejecución ha propiciado la reclamación).

Al lado o, incluso, dentro del mismo concepto de gastos generales, pero claramente diferenciados por ser muy sencilla su concreción, nos encontramos con los gastos en garantías definitivas (normalmente en forma de avales) y en seguros requeridos por los pliegos cuando su coste se ha incrementado por haber sido necesario su mantenimiento más allá del plazo de duración inicial previsto para las obras por causas imputables a la entidad contratante.

- D) *Revisión de precios*. La revisión de precios es un mecanismo previsto en normativa aplicable a los contratos del sector público para los supuestos en los que la ejecución de un contrato suponga un período de tiempo suficientemente extenso que, precisamente por este motivo, pueda conllevar que los precios tenidos en cuenta al licitarse y adjudicarse el contrato suban o bajen. De esta forma, la revisión de precios, cuando está prevista, puede dar lugar a un saldo deudor o acreedor (es decir, si los precios suben, el contratista tendrá derecho a recuperar esa subida, pero si



los precios bajan, el órgano de contratación tendrá derecho a ver rebajado lo que tiene que abonar como consecuencia de tal bajada de precios).

Conforme a lo explicado, se entiende que el límite que se establece para poder revisarse los precios de un contrato sea el que se contiene en el art. 103.5 de la LCSP (modificado por la Ley 11/2023): quedarán excluidos de la revisión el primer 20 por 100 ejecutado y el importe ejecutado en el primer año transcurrido desde la formalización.

De esta forma, y con tales límites, la entidad contratante podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios fijando la fórmula de revisión que deba aplicarse atendiendo a la naturaleza de cada contrato. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato.

- E) *Beneficio industrial*. Este concepto indemnizatorio se prevé en los supuestos en los que, iniciadas las obras, se resuelve el contrato por causa imputable a la entidad contratante. En tal caso, el contratista tiene derecho a un 6 por 100 del precio de adjudicación del contrato de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial.
- F) *Intereses de demora*. Por último, las reclamaciones, no sólo en los contratos de obras, sino en todos los contratos del sector público, pueden tener como fundamento que la entidad del sector público se ha retrasado en el pago de las certificaciones (en el caso de los contratos de obras) de las facturas). En este caso, y como es sabido, se reconoce el derecho del contratista para que reclame los intereses de demora devengados por tal retraso (siendo muy importante a estos efectos, para fijar el plazo de pago del que disponen las entidades del sector público, la STJUE de 20 de octubre de 2022; asunto C-585/20).



La inclusión de cláusulas arbitrales en los pliegos de contratos del sector público

I. INTRODUCCIÓN

EN el presente capítulo se abordará el estado actual de la cuestión sobre el posible alcance de la sujeción a arbitraje de los contratos del sector público en España. Nos centraremos en la contratación interna, en contraste con la contratación en el extranjero, cuya sujeción al arbitraje responde a necesidades y requisitos propios y, en cierta medida, distintos de los de la contratación nacional.

Se comenzará el capítulo con una breve contextualización del Derecho positivo que regula la sumisión a arbitraje en la contratación pública, desde sus inicios hasta su estado actual.

A continuación, se tratarán las principales facetas y desafíos del arbitraje de contratos del sector público: el ámbito subjetivo de las entidades públicas que pueden sujetar sus contratos a arbitraje; las materias arbitrables en la contratación pública; las particularidades de la aplicación del derecho de la UE en arbitrajes de contratos públicos; el convenio arbitral y su obligatoriedad para licitadores y órganos de contratación; la designación de árbitros; la necesidad de obtener autorización bajo la normativa presupuestaria, de hacienda autonómica y patrimonial; el demanio como límite de la arbitrabilidad; la revisión de oficio de acuerdos de adjudicación de contratos sujetos a arbitraje; y la validez de incluir cláusulas arbitrales en contratos administrativos a propósito de un reciente pronunciamiento de un tribunal de contratación.

El último apartado estará consagrado al análisis de la novedosa regulación del arbitraje en la contratación de los sectores excluidos.

Con estos mimbres, comenzamos.



II. MARCO LEGAL

TRAS un largo periodo de prohibición, el art. 54 del Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre. BOE 27.12.1975) abrió la puerta en España al arbitraje en materia de contratación pública, estableciendo que “las transacciones y arbitrajes se sujetarán a los requisitos establecidos en la Ley de Administración y Contabilidad”.

El art. 12 del RD de 27 de febrero de 1852 (Gaceta de Madrid n.º 6460 de 29 de febrero de 1852), sobre contratos de servicios y obras por cuenta del Estado (Estatuto de Bravo Murillo), disponía que “ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso-administrativa”. La prohibición de acudir al arbitraje se mantuvo en el art. 6 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por el Decreto de 9 de enero de 1953 (BOE 13.2.1953) en el que se establecía que “los litigios derivados de contratos en que sean parte las Corporaciones locales se entenderán siempre sometidos a los Tribunales competentes, con jurisdicción en el lugar en que las mismas tengan su sede”, señalando, a continuación, que “será nulo el sometimiento de dichas cuestiones a juicio de árbitros o de amigables componedores; así como las sentencias o laudos, que vulneraren esta prohibición”.

Dicha remisión nos conducía, inicialmente, al art. 6 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, de acuerdo con el cual, “para someter a juicio de árbitros las contiendas que se susciten sobre los derechos de la Hacienda, habrá de proceder una ley autorizándolo”.

En similares términos también se contemplaba en la Base VI.3 de la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de bases del Patrimonio del Estado, que establecía que “para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales habrá de preceder una Ley autorizándolo”.

La exigencia de una ley autorizando el arbitraje se sustituyó por un real decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en el art. 39 Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, que señalaba “no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”. La normativa presupuestaria posterior ha mantenido, hasta nuestros días, este mismo esquema (art. 39 de la Ley General Presupuestaria, aprobado por RDL 1091/1988, de 23 de septiembre, y el vigente art. 7.3 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria —en adelante, LGP—), que se ha replicado por parte de las Comunidades Autónomas en sus normativas de hacienda autonómicas.

Este precepto reproduce una restricción similar que se encuentra en el art. 31 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, promulgada ese mismo mes y año: “No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”.



Así, por ejemplo, el art. 35.1º Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid dispone que no se podrá “someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Gobierno”. A modo ilustrativo, podemos citar, además, el art. 18.3º Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el TR de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia; art. 21.3º Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el TR de la Ley General de La Hacienda Pública de la Junta de Andalucía; art. 10.3º Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública canaria; art. 8.4º Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria; art. 22.1º Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia; art. 16.2º Ley 14/2014, de 29 de diciembre, de finanzas de las Illes Balears; art. 9.3º Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda Pública de La Rioja. En otras Comunidades Autónomas no se requiere Decreto, sino autorización. Ese sería el caso, por ejemplo, del art. 42.2ºl Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 61.2) (en adelante, LCAP) y, más tarde, el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio (art. 60.2) (en adelante, TRLCAP) volvieron a sujetar el arbitraje “a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones públicas”.

El Consejo de Estado, en su dictamen 4464/98, de 22 de diciembre de 1998, sobre el anteproyecto de esta ley señaló que “comparte la opinión de que resultaría conveniente potenciar la figura del arbitraje [...] Así, en el dictamen 214/92 ya se afirmó que el arbitraje constituía “una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso””.

Con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2007), se alteró el esquema, permitiendo acudir al arbitraje a las entidades del sector público que no sean Administración Pública sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebrasen, sin hacer referencia a los requisitos de la normativa presupuestaria (art. 39 que, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, pasó a ubicarse en el art. 320). A pesar de que esta reubicación no trajo consigo ninguna modificación sustantiva, volvió a poner el arbitraje en el foco de atención (Dorrego de Carlos, 2011 30-33). El contenido de este precepto se mantuvo inalterado en el art. 50 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Adviértase, como contraste, que la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, aprobada ese mismo año y aún vigente, no regula expresamente el arbitraje.

Durante este espacio de tiempo, numerosas entidades del sector público no Administración Pública recogieron en sus instrucciones internas de contratación la posibilidad de acudir al arbitraje [*vid.* menciones a instrucciones internas de contratación recogiendo dicha cláusula en los Informes de la CCCP Andalucía de 27 de noviembre, en los Informes de la JCCA Cataluña n.º 1/2008 de 14 febrero y 4/2008, de 7 julio, o en la Recomendación de la JCCA de Aragón n.º 1/2008 de 10 junio]. También se contempló en la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de



los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, cuya regla 45.4 establecía que, “en todo caso, la solución de las controversias se podrá someter a arbitraje si así se prevé en los pliegos y en el documento contractual”.

En similares términos, en la Instrucción de la Abogacía General del Estado n.º 1/2008, de 5 febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado se indicaba “que las entidades de que se trata puedan remitir a arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos”.

Mención especial ha de hacerse a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, en su redacción dada por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, que introdujo en su art. 22 la posibilidad de que “los distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos”.

Durante la vigencia de esta previsión, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón recomendó en varias ocasiones la inclusión en los modelos tipo de pliegos de un apartado para incorporar el sometimiento a arbitraje en la fase de ejecución (Informes n.º 1/2012, de 11 de julio de 2012, y n.º 6/2016, de 25 de febrero).

Sin embargo, esta regulación no se ha mantenido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), que guarda silencio con relación a la posibilidad de someter los conflictos que emanen de contratos públicos a arbitraje, salvo en el caso de los contratos en el extranjero con empresas extranjeras, respecto a los cuales se establece la norma general de que “se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir” y, “cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje” (DF1ª.3 LCSP).

Esta redacción, en virtud de la cual el arbitraje de contratos en el extranjero se relega a un segundo lugar en caso de que no sea posible el sometimiento a los tribunales españoles es más restrictiva que la que encontramos en las normas de contratación previas. El art. 117.3º LCAP y el art. 117.3 TRLCAP establecían que “en los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje”. A continuación de esta frase, la DA 1.ª.3 LCSP 2007 y la DA 1.ª.3 TRLCSP añadían, al mismo nivel, que “igualmente se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles” —en similares términos ya se indicaba en el art. 5 del Decreto 3637/1965, de 25 de noviembre, por el que se regulan los contratos del Estado y sus Organismos autónomos—.

También han desaparecido las menciones al arbitraje en la normativa vigente aragonesa [Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón].

En Andalucía, el silencio de la LCSP se ha colmado con una norma específica que permite y regula el arbitraje en contratos del sector público (incluyendo también a Administraciones Públicas) financiados con cargo a fondos europeos: el Decreto-ley



3/2021, de 16 de febrero. En concreto, el art. 33 de esta norma contempla que “la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento, cuestiones relativas al reequilibrio económico del contrato y extinción de los contratos sobre materias de libre disposición conforme a derecho, de expedientes que se financien con cargo a los fondos europeos, independientemente de la cuantía de los mismos se podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sin que sea necesario Decreto acordado en Consejo de Gobierno”.

El silencio de la LCSP contrasta también, llamativamente, con la actual normativa de contratos de sectores excluidos, aprobada por el RD-ley 3/2020, de 4 de febrero, cuyo art. 123 prevé expresamente la posibilidad de someter a arbitraje cuantas cuestiones pudieran surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, a diferencia de su predecesora, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que nada decía sobre el arbitraje.

La regulación del arbitraje ya se incluyó en la Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales de 2015, en cuya memoria de impacto normativo se destacaba que, “como novedad respecto de lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, aparece en esta Ley la posibilidad del arbitraje”. Esta inclusión fue valorada positivamente por la CNMC “por cuanto supone un instrumento adicional de resolución de conflictos” (IPN/CNMC/011/15).

Este silencio no impidió que algunas entidades contratantes incluyeran cláusulas de sumisión a arbitraje en pliegos bajo esta norma. Así, por ejemplo, en los pliegos de Puertos del Estado era común encontrar cláusulas en las que se estipulaba que “las partes podrán someter, de común acuerdo, toda controversia relativa a los efectos, ejecución, modificación, cumplimiento y extinción de este contrato a arbitraje, administrado por la Asociación Europea de Arbitraje (Aeade) o por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), de conformidad con sus respectivos Reglamentos de Arbitraje vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje”. También se podían encontrar cláusulas arbitrales en los pliegos de otras autoridades portuarias (p.ej., Puertos de Las Palmas) y de otras muchas entidades (*v.gr.*, el expediente de licitación n.º SHE/16/002 de la Sociedad de Hidrocarburos de Euskadi). Todo ello a pesar de que algunos autores consideren que el art. 108 de la Ley 31/2007 descartaba la sumisión a arbitraje como (por ejemplo, Ballesteros Panizo, 2019, 191–218).

Por último, mencionar que ni la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA) ni su predecesora, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, establecen particularidad alguna sobre la contratación pública.

Se debe significar que la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado (BOE 24.12. 1953), a diferencia de la normativa actual, sí que se limitaba el arbitraje a Derecho privado, excluyendo de su aplicación el arbitraje de Derecho público. No obstante, incluso bajo la vigencia de dicha ley, hubo casos en los que se reconoció la posibilidad de que sociedades estatales pudiera ser parte de arbitrajes cuando la disputa versara sobre materias propias de una actividad mercantil. *Vid.* STS Civ 6 marzo 1987.

Tampoco lo hacen la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (de aplicación supletoria ex DF4ª LCSP) ni la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



Tanto la Ley 39/2015 (art. 112.2) como la Ley 30/1992 (art. 107.2) contemplan la posibilidad de sustituir los recursos de reposición y de alzada “por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje”. Esta posibilidad nunca llegó a desarrollarse. El borrador de 2001 del anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo no prosperó. En cualquier caso, no se trataría de un arbitraje en sentido estricto, ya que no sería sustitutivo de la vía judicial sino de recursos administrativos, siendo recurribles en vía judicial, careciendo, de esta manera, de una de las notas esenciales del arbitraje: el valor de cosa juzgada (García Pérez, 2011 114; sobre otras figuras afines al arbitraje administrativo *vid.* Esplugues Barona, 2019. 85–99).

III. EL ARBITRAJE DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. Ámbito subjetivo del arbitraje de contratos públicos bajo la LCSP

COMO se ha expuesto en el apartado anterior, a diferencia de sus predecesoras, la LCSP guarda silencio sobre la posibilidad de acudir al arbitraje. Ni en la exposición de motivos ni en ningún otro documento de su tramitación parlamentaria se explica por qué se ha eliminado esta figura, lo que ha dado pie a diversas teorías.

Algunos autores [Bardavío Domínguez, 2021, 371–387; Bustillo Bolado, 2004, 456; Ballesteros Panizo, 2019 191-218, si bien esta última autora, en una obra posterior, matiza su conclusión, abogando por un criterio general de arbitrabilidad del Derecho público (2020)] han interpretado que nada ha cambiado respecto de la regulación contenida en el TRLCSP y, que, por tanto, las Administraciones Públicas no pueden someter sus contratos administrativos a arbitraje, quedando esta posibilidad únicamente disponible para aspectos sujetos a derecho civil de los contratos privados de los demás entes del sector público, ya sean poderes adjudicadores o no. Esta ha sido también la interpretación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante, TACPA) en una reciente resolución que comentaremos más adelante.

No obstante, parte de la doctrina [Soriano Hinojosa, 2018 789–816; Gimeno Feliú 2019; J.M. Gimeno Feliú, 2022; Esplugues Barona, 2019 Tornos Mas, 2022, 127–139] considera que el silencio de la LCSP debe interpretarse como una apertura del arbitraje a las Administraciones Públicas que, anteriormente, tenían vedada esta posibilidad, de tal forma que cada órgano de contratación es libre de incluir en sus pliegos fórmulas de arbitraje en la ejecución de sus contratos. Compartimos la interpretación de esta segunda corriente doctrinal, con los límites que expondremos a continuación.

Las materias arbitrables en la contratación pública no se encuentran delimitadas ni por la naturaleza del órgano de contratación (sector público, poder adjudicador o Administración Pública) ni por la del propio contrato público (privado o administrativo) ni, tampoco, por el Derecho aplicable (público o privado). La normativa previa sí que establecía



tal diferencia. El TRLCSP solo permitía el arbitraje de contratos privados de entidades del sector público no Administración Pública. Pero, insistimos, la LCSP no lo hace.

Del silencio de la LCSP no se puede colegir tal prohibición, máxime cuando el arbitraje de Derecho público con Administraciones Públicas está expresamente contemplado por nuestro derecho positivo vigente [*v.gr.*, art. 7.3º LGP, art. 27.1º TR Ley General de la Seguridad Social (RDL 8/2015, de 30 de octubre) o art. 31 LPAP]. Además, se debe subrayar que en Andalucía el Decreto-ley 3/2021 ha regulado el arbitraje de contratos administrativos de la Administración Pública, sin que el Estado haya formulado recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma por estimarla contraria a la regulación básica contenida en la LCSP.

Podemos alcanzar una primera conclusión: las Administraciones Públicas pueden someter sus contratos a arbitraje, al igual que el resto de entidades del sector público.

2. Materias arbitrables en la contratación pública

Aclarado el ámbito subjetivo, conviene despejar la duda sobre si solo cabe arbitraje sobre cuestiones sometidas a Derecho privado o también puede versar sobre Derecho público.

Los que defienden la primera postura basan sus argumentos en la sujeción de la Administración a la ley (art. 103 CE) y al control judicial (art. 106 CE), en el principio de reserva jurisdiccional (art. 117.3º CE), en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en la confrontación del interés general como principio rector de la actuación administrativa con la autonomía de la voluntad propia del sector privado guiada por intereses particulares, en el carácter imperativo y no dispositivo de la normativa sustantiva de contratación pública, en la imposibilidad de transigir o en la autotutela ejecutiva, sus prerrogativas exorbitantes y otras particularidades del control de su actividad a través de recursos de naturaleza tradicionalmente revisora, concluyendo que el marco constitucional no permite que un contrato sometido a Derecho administrativo, regido por Derecho público, pueda contener una cláusula arbitral.

Es cierto que todos estos puntos son relevantes y han de limitar el alcance del sometimiento de la Administración a un arbitraje, pero la solución no es su inconstitucionalidad —sobre esta cuestión nos remitimos al trabajo de Ballesteros Panizo (2020)—, sino su modulación para adecuarlo a estas particularidades. Nos centraremos, por tanto, en dichos condicionantes y no tanto en la constitucionalidad en sí del arbitraje de Derecho público, sobre la que mucho se ha escrito, y que se da por supuesta.

Despejada cualquier limitación maximalista que restrinja el arbitraje a cuestiones de Derecho privado, debemos abordar cuáles son las materias arbitrables en los contratos públicos.

Algunos autores consideran que la LCSP debería especificar cuáles son estas materias. Así, por ejemplo, Tornos Mas razona que deberían ser susceptibles de arbitraje “los conflictos sobre el cumplimiento contractual, plazos, calidades, abono de cantidades, conflictos sobre el ejercicio del *ius variandi* o sobre la ruptura del equilibrio económico, o conflictos sobre modificaciones contractuales, como



por ejemplo si concurren o no las causas que permiten la modificación, prórrogas, revisión de precios, sucesión en la persona del contratista o cesión del contrato, ampliación de plazo. También resolución y rescate” (Tornos Mas, 2022 127–139)

Como punto de partida, debemos acudir al art. 2.2º LA, que dispone que son susceptibles de arbitraje “las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. El concepto de “libre disposición” no puede ser entendido como contrapuesto a “normativa imperativa” o *ius cogens*. No son conceptos comparables en el mismo plano. Es posible estar ante una cuestión de libre disposición regulada por normas imperativas. El carácter imperativo de las normas no excluye el arbitraje, sino que exige que estas sean aplicadas por el árbitro, so pena de que pueda prosperar una acción de anulación contra el laudo que las inaplique (art. 41.f LA). Según señala Ballesteros Panizo (2020), “si fuera el carácter imperativo o dispositivo de una norma lo que definiera la arbitrabilidad de una pretensión, entonces, el arbitraje quedaría reducido a un ámbito muy marginal, también en el Derecho privado, pues es inmenso el panorama de normas imperativas en el ordenamiento jurídico español”.

De acuerdo con el criterio general de arbitrabilidad que propone Ballesteros Panizo (2020), al que nos adherimos,

“son susceptibles de arbitraje de Derecho público aquellas pretensiones que se funden en la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo típico o reaccional individual, y siempre que no se vean afectados los intereses de terceros, en cuyo caso será necesario el consentimiento expreso de esos terceros afectados. Y esto puede extenderse a las situaciones en que se dé un conflicto entre sujetos privados pero el Derecho a aplicar tenga un carácter público. El principio de no afectación a terceros es, por consiguiente, el que lo define y limita todo. Para poder recurrir al arbitraje resulta necesario que, por un lado, la relación jurídico-pública esté fundada en la perturbación de un derecho subjetivo individual, esto es, que se haya visto afectada la esfera jurídica vital del interesado por la actividad o inactividad de la Administración. Y que, por otro lado, haya una voluntad expresa de ambas partes para acudir al arbitraje. Así, por el lado de la Administración, esa voluntad vendría suplida por una habilitación legal que le permita someterse al arbitraje, siempre que el interesado titular del derecho así lo solicite expresamente”.

En este sentido, como apunta Tornos Mas (2022 127–139), no pueden someterse a arbitraje “cuestiones vinculadas directamente a la fijación de un interés general o cuestiones en las que existen terceros con derechos o intereses afectados”. Aquí está la clave.

De acuerdo con este principio rector, hemos de distinguir entre aspectos relativos a la preparación y adjudicación de contratos, frente a aquellos relativos a sus efectos y extinción.

Con relación a los primeros (preparación y adjudicación) debemos dejar ya señalado que no son susceptibles de arbitraje [hay autores que comparten esta conclusión, pero por diferentes motivos; así, Gil Cruz considera que lo que impide acudir al arbitraje en estas fases es el principio de legalidad; no creemos que ese sea el principal problema (2010 57–66)], y ello con independencia de si el órgano de contratación tiene o no la condición de Administración Pública o de la naturaleza privada o administrativa del contrato. El principio de no afección a terceros impide que sean objeto de arbitraje estos actos de la licitación tendentes a garantizar el respeto de los principios de publicidad, concurrencia,



transparencia, igualdad y no discriminación. Además, en este ámbito también entraría en juego de forma plena el interés general consistente en la correcta definición del objeto del contrato y las reglas y procedimientos de selección del contratista en aras de una eficiente utilización de los fondos públicos. La exclusión de estas materias del arbitraje se encontraría alineada con el esquema de “actos separables”, que retiene estas materias en la jurisdicción contenciosa, incluso cuando se trata de contratos privados sometidos, por lo demás, a la jurisdicción civil (art. 27 LCSP). Asimismo, existen vías específicas de recurso derivadas de la normativa de la UE (Directivas sobre procedimientos de recurso 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE): los recursos especiales en materia de contratación (en adelante, REMC) (arts. 44 ss LCSP) [de entre los diferentes actos susceptibles de REMC se entiende que sí serían arbitrables “los acuerdos de rescate de concesiones” (44.2º.f LCSP). En el mismo sentido (Tornos Mas, 2022, 127–139)] cuya legitimación se extiende a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se vean perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (art. 48 LCSP).

Con relación a los segundos (efectos y extinción), en general, sí que son arbitrables, ya que nos encontraríamos en un plano de relación bilateral contratista–órgano de contratación. En efecto, debemos recordar que en el ámbito de la contratación pública no existe la acción pública [una excepción serían los expedientes de contratación en los que se cuestionan aspectos para los que sí existe acción pública como podría ocurrir, por ejemplo, en materia urbanística (*vid.* STSJ Madrid, Sala C–A, Secc. 2ª, n.º 649/2022 de 7 noviembre de 2022)]. Una vez finalizada la fase de licitación e iniciada la fase de ejecución del contrato, la relación contractual se tiñe de un carácter esencialmente bilateral.

Así se señala, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala C–A) n.º 662/2019 de fecha 17 de diciembre de 2020 (rec. n.º 662/2019) y, en similares términos, en la Sentencia de 15 de junio de 2020 n.º 7753/2018, en las que se niega la legitimación activa a una sociedad que presentó una solicitud de revisión de oficio de los acuerdos municipales por los que se acordó la modificación subjetiva de unos contratos administrativos de concesión. Son numerosos los pronunciamientos de tribunales en los que se ha rechazado la legitimación activa de terceros en defensa de la legalidad de la normativa de contratos. Por ejemplo, en la Sentencia n.º 491/2021 de 14 octubre de 2021 del TSJ de Canarias (Sala C–A), se consideró que, si bien era cierto que “la normativa de contratación administrativa... impediría que las concesiones vencidas se prorroguen sin más durante más de cuarenta años sin licitación pública”, ello no posibilitaba a un sindicato a recurrir dicha actuación administrativa por no existir la acción pública en materia contractual y, por tanto, por carecer de legitimación activa. Como excepción a lo anterior, se deben citar los supuestos particulares de legitimación de organizaciones sindicales y organizaciones empresariales sectoriales que contempla el párr. segundo del art. 48 LCSP.

Es en la bilateralidad donde el arbitraje encuentra su encaje. En esta fase, como señala J. Tornos Mas, el “interés general está determinado por una buena ejecución del contrato, y llevar a procedimientos arbitrales la resolución de los conflictos que puedan surgir en esta ejecución ayudará a esta buena ejecución” (Tornos Mas, 2022 127–139). No se trata de que el interés público no esté en juego, como algunos autores sugieren (Esplugues Barona, 2019 85–99), ya que este está presente e inspira, en mayor o menor medida, toda actuación de la Administración (art. 103.1º CE); sino de que dicho interés público se encuentre alineado con la posible resolución de la controversia a través de un arbitraje.



Durante la fase de ejecución únicamente encontraremos excepciones puntuales en las que las controversias no son arbitrables. Un ejemplo serían las modificaciones de contratos suscritos por poderes adjudicadores contrarias a los arts. 204 y 205 LCSP, por entender que deben ser objeto de una nueva adjudicación.

Solo en los supuestos de modificaciones que han de ser objeto de una nueva licitación se entienden no arbitrables. Por el contrario, sí que serían arbitrables otras cuestiones sobre modificaciones que afectan a la relación bilateral contractual y ello con independencia de si aplica Derecho público o privado (arts. 24 a 26 LCSP) o si corresponde a la jurisdicción civil o contenciosa (art. 27 LCSP). Una opinión contraria a esta tesis la podemos encontrar en Ballesteros Panizo (2019 191-218).

En esos supuestos se podría vulnerar el principio de no afección a terceros si son sometidos a arbitraje. Además, conviene recordar que estas modificaciones son actos susceptibles de REMC en virtud del art. 44.2º.d) LCSP, que se refiere a “las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los arts. 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación” (en similares términos, el art. 119.2º.d RD-ley 3/2020), teniendo legitimación activa para interponer tal recurso no solamente los contratistas, sino también los licitadores que no resultaron adjudicatarios e incluso otras empresas no licitadoras.

En ocasiones puede también resultar controvertida la legitimación del propio contratista, ya que únicamente cabe interponer un REMC contra un modificado cuando este debió dar lugar a una nueva licitación. Dependiendo de la fundamentación del REMC existen casos en los que se ha entendido que el contratista tenía legitimación (*v.gr.*, Resolución del TACRC de 14 julio de 2020) y otros en los que no (*v.gr.*, Resolución del TACRC n.º 1530/2021, de 5 de noviembre). *V.gr.*, la Resolución del TACRC n.º 436/2022 de 7 de abril de 2022, en la que se razona lo siguiente: “La entidad recurrente participó en la licitación del contrato objeto de este procedimiento, por lo que de resultar estimada su pretensión, si se acordase por este Tribunal la anulación de la modificación, debiendo el órgano de contratación proceder a iniciar una nueva licitación, en tal caso, la recurrente podría participar en dicha licitación y resultar adjudicataria del nuevo contrato que se adjudicase”.

V.gr., en la Resolución del TACRC n.º 27/2020 de 9 enero de 2020 se entendió que una empresa que no había participado en la licitación de uno de los lotes de un acuerdo marco estaba legitimada para interponer un recurso contra un modificado ya que “la decisión de licitar o no al lote 1 pudo haber estado condicionada por la naturaleza y descripción de las características del producto a licitar, de modo que de haberse licitado como vacuna tetravalente, como se argumenta por la recurrente, es más que probable que [...] hubiera también optado por licitar en este lote”. También podemos citar la Resolución de 11 junio de 2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia en la que se reconoce legitimación activa a una asociación de empresas por entender que “siendo la actora un ente asociativo de las empresas que podrían tener, potencialmente, interés en que se produzca una licitación de lo que fue objeto de modificación, cabe atribuirle una inicial legitimación *ad procesum*. Destacar que existen otros supuestos de legitimación específicos que exceden del objeto de este capítulo (*v.gr.*, sobre la legitimación de concejales la Resolución TACRC de 21 mayo de 2021).



3. *Aplicación del Derecho de la Unión Europea en arbitrajes de contratos públicos*

Otra de las problemáticas a las que se enfrenta el arbitraje en este ámbito es la interpretación y aplicación de las Directivas de contratos de la UE.

A diferencia de los tribunales de recursos contractuales [en la STJUE 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, se reconoció que el *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* tenía la consideración de “órgano jurisdiccional” en el sentido del art. 267 TFUE], los tribunales arbitrales no tienen la naturaleza de “órgano jurisdiccional” a los efectos de poder remitir cuestiones prejudiciales ante el TJUE, lo que podría poner en peligro la autonomía y homogeneidad en la aplicación del derecho de la UE. Si bien es cierto que son pocas las cuestiones arbitrables relativas a la ejecución de contratos sobre las que se pronuncian las Directivas de contratos (principalmente lo hacen sobre modificaciones), un argumento similar fue el que llevó al TJUE a declarar la incompatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE con el TFUE en la Sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16 (Ballesteros Panizo, 2019, 191–218).

No obstante, el TJUE ha aclarado que los arbitrajes comerciales en los que se aplica derecho de la UE quedaban a salvo, si bien el control en sede de anulación por orden público exige que las normas imperativas del Derecho de la UE “puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia” (§54 Sentencia *Achmea*; vid. también §32–39 de la Sentencia de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97), estableciendo un canon de control del laudo particularmente intenso para supuestos de aplicación del derecho la UE, en el marco del cual el órgano judicial puede plantear, en su caso, una cuestión prejudicial (Gómez Jene, 2021, 745–753).

4. *El convenio arbitral y su obligatoriedad para licitadores y órganos de contratación*

La configuración del convenio arbitral contenida en el art. 9 LA debe ser adaptada a las particularidades de la contratación pública. Los pliegos, que contienen el haz de derechos y obligaciones de las partes y conforman la parte sustancial de la *lex contractus*, son redactados de forma unilateral por el órgano de contratación, por lo que comparten, con las particularidades que les son propias, las características de los contratos de adhesión (art. 9.2º LA).

La cláusula arbitral deberá estar contenida en los pliegos de la licitación, de tal forma que los licitadores puedan aceptar dicha sumisión al presentar su oferta ((Dorrego de Carlos, 2013)). Ahora bien, como señalan Gimeno Feliu (2021 39-74) y Tornos Mas (2022 127-139), se debería permitir que en la oferta se rechazara el arbitraje como medio de solución de conflictos. Facilitar esta opción garantizaría el pleno ejercicio de la tutela judicial de los licitadores a través de la vía que consideren oportuna, evitando que la sumisión a arbitraje



conlleve una reducción de la concurrencia de potenciales licitadores que prefirieran acudir a la jurisdicción ordinaria, además de reforzar el principio de voluntariedad del arbitraje.

Tornos Mas da un paso más y defiende que, mientras que para los licitadores el arbitraje debe ser voluntario, para el órgano de contratación ha de ser obligatorio incluirlo en sus pliegos. Si bien es cierto que las entidades del sector público se encuentran, por lo general, cómodas con la vía jurisdiccional ordinaria y no tienen incentivos aparentes para acudir al arbitraje, la imposición no es la solución. Debe quedar bajo el ámbito de decisión de cada Administración valorar, contrato por contrato, si el arbitraje es la mejor opción para favorecer una mayor concurrencia y un mejor y más eficaz desenvolvimiento de la ejecución del contrato.

Por otro lado, tal y como apunta Dorrego de Carlos (2023), si bien lo habitual es que el convenio arbitral se incluya *ab initio* en los pliegos, nada impide que se acuerde el sometimiento de una controversia ya surgida a un arbitraje *ad hoc* si confluye la voluntad expresa de ambas partes y así lo acuerda el órgano de contratación de conformidad con la normativa que le sea aplicable.

5. Designación de árbitros

La elección de la composición del órgano arbitral y la designación de árbitros no se encuentran sujetas a ninguna particularidad derivada de la normativa de contratos, si bien, como se verá más adelante, en el caso de los sectores excluidos sí que existe una normativa específica.

Se debe destacar la posibilidad que brinda el art. 14.1º.a) LA de encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a “Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras”. Esta opción, no obstante, debe, en todo caso, respetar la necesaria autonomía e independencia del órgano arbitral, sin vulnerar el principio de igualdad en el nombramiento de árbitros que contempla el art. 15.2º LA.

En cuanto a la contratación del servicio en sí del arbitraje y el abono de los correspondientes honorarios y tasas por parte del órgano de contratación se realizará sin sujeción a la LCSP, por tratarse de un negocio excluido (art. 11.3º LCSP).

6. Autorización bajo la normativa presupuestaria y de Hacienda para someter una cuestión a arbitraje

La LGP establece que “no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de



Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”. En similares términos se pronuncia la práctica totalidad de las normativas de hacienda de las Comunidades Autónomas, que sustituyen la referencia al Real Decreto por un Decreto autonómico y el Consejo de Estado por el correspondiente órgano consultivo [sobre el alcance del control y contenido del dictamen del órgano consultivo, *vid.* Rodríguez Muñoz, 2011 69–90], salvo excepciones, como sería el caso del Decreto–ley 3/2021 andaluz, que permite el arbitraje “sin que sea necesario Decreto acordado en Consejo de Gobierno”, o el art. 42 del Decreto Legislativo 1/1997 vasco, que solo exige “autorización del Gobierno”, sin concretar su forma.

La necesidad de someterse a dicha normativa era evidente bajo la LCAP o el TRL–CAP, que sujetaban el arbitraje a los requisitos de la normativa presupuestaria. A partir de la LCSP 2007, esta remisión expresa a desaparece. En la LCSP, al guardar silencio sobre el arbitraje en la contratación interna, tampoco hay ninguna referencia en este sentido. Ante la ausencia de una regulación específica en materia de contratación pública en la LCSP que excluya la necesidad de obtener dicha autorización, estos preceptos han recobrado una especial importancia.

Dado que no existe normativa básica que excluya en el ámbito de contratación pública la sumisión a la normativa presupuestaria, será necesario, cuando aquélla sea aplicable, recabar el correspondiente Real Decreto (Gimeno Feliu 2022) o Decreto autonómico, extremo este que, como señala A. Dorrego de Carlos, “implica una restricción prácticamente insalvable al arbitraje en la contratación pública, salvo supuestos absolutamente excepcionales que justificaran una decisión singular al respecto por el Consejo de Ministros” (2023).

Es frecuente que las entidades públicas acudan a estos preceptos para intentar sortear arbitrajes en su contra. No obstante, como bien señala Soriano Hinojosa (2020), no toda controversia en materia contractual que afecte a una entidad del sector público implica transigir sobre derechos de la Hacienda Pública. De hecho, en la mayor parte de los casos no lo es, por lo que no se precisará de dicha autorización.

De acuerdo con el art. 5 LGP, “la Hacienda Pública estatal, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos” (este precepto se reproduce, *mutatis mutandis*, en las normativas de hacienda autonómicas). No se consideran, por tanto, Hacienda Pública otros entes del sector público como, por ejemplo, las entidades del sector público empresarial o fundacional [*vid.* STSJ Canarias (Sala C–A, Secc. 1ª) de 19 marzo de 2019, SAP Albacete (Secc. 1ª) de 29 octubre de 2010, SAP La Coruña de 4 de julio de 2011 o la STSJ CyL (Sala Social, Secc. 1ª), de 14 diciembre 2018.]. De esta manera, gran parte de las entidades del sector público contempladas en el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP no estarían directamente afectadas por esta previsión.

Además, con relación a las entidades que sí son titulares de derechos de la hacienda pública, se debe analizar, caso por caso, hasta qué punto una condena indemnizatoria de naturaleza contractual compromete los derechos de la hacienda pública y requiere de una



autorización bajo la forma de Real Decreto (o Decreto autonómico) para someter la cuestión a arbitraje.

Sobre esta cuestión, merece la pena detenernos en las SS TSJ Madrid (Sala Civil y Penal, Secc. 1ª) n.º 42/2019, de 30 octubre de 2019 (asunto 62/2018, nulidad 6/2018), y 7/2020, de 4 febrero de 2020 (asunto 31/2019, nulidad 26/2019), en las que se analiza la interrelación entre el arbitraje en la contratación pública y la normativa presupuestaria y de hacienda autonómica .

También tratan otras cuestiones de igual interés, pero que exceden del objeto de este capítulo, como lo son la integración dentro del objeto de la *litis* un laudo interlocutorio mediante la impugnación de un lado complementario o la contraposición del Reglamento CIMA a la LA, declarando la primacía de esta. Se abordan estas cuestiones en Soriano Hinojosa (2020).

El caso versó sobre un contrato público adjudicado por Gedesma, una sociedad pública empresarial con la naturaleza de poder adjudicador no Administración Pública (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid n.º 8/2008, de 10 de julio). No llegaron a cumplirse los hitos establecidos en el contrato y, por ello, Gedesma instó su resolución, reclamándole a la adjudicataria el pago de las cantidades pactadas en el contrato, así como las penalizaciones estipuladas. En paralelo, dicha empresa instó un procedimiento arbitral reclamando una indemnización por los daños sufridos al haber concurrido a un concurso que, bajo su criterio, era de imposible cumplimiento. El árbitro se considera competente para conocer esta cuestión (laudo interlocutorio) y declara que la responsabilidad en la frustración del contrato es imputable a ambas partes en igual medida, concluyendo que Gedesma debía restituir al contratista el equivalente a la inversión (laudo sobre el fondo).

La primera de las sentencias, de 30 de octubre de 2019, recayó sobre el laudo interlocutorio relativo a la competencia del tribunal arbitral, mientras que la segunda, de 4 de febrero de 2020, lo fue sobre el laudo de fondo. El TSJ de Madrid anula ambos laudos.

La controversia jurídica se encontraba en resolver si, para someter esta cuestión a arbitraje, era necesaria la autorización a la que se refiere el art. 35.1º Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid que, como se ha señalado al inicio de este capítulo, dispone que no se podrá “someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Gobierno”.

El TSJ concluyó en la primera de sus sentencias, según se resume en la segunda de ellas, que

“la materia era susceptible de arbitraje, pero el convenio colisionó con normas imperativas por cuanto, al estar en juego derechos económicos de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, era necesaria la autorización previa habilitante a la empresa pública Gedesma para someterse a arbitraje, lo que de acuerdo con el art. 35.1º Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid comportaba un acto concreto y explícito: un Decreto del Consejo de Gobierno. Al no haberse obtenido esta autorización para comprometer la decisión que pudiera recaer si surgían conflictos o diferencias al margen de las acciones ejercitables ante la jurisdicción, se declaró la nulidad del Laudo interlocutorio negando de tal modo la competencia del árbitro para conocer de la controversia suscitada entre las partes”.



Compartiendo la crítica que realiza Soriano Hinojosa (2020) a este pronunciamiento, consideramos que el TSJ de Madrid no motiva de forma suficiente por qué concluyó que una condena indemnizatoria a una empresa pública, como lo es Gedesma, podía comprometer los derechos de la hacienda de la Comunidad de Madrid y, por tanto, precisaba de un Decreto autorizando el sometimiento a arbitraje. Desde luego, el mero hecho de ser una empresa pública no implica una afección directa a los derechos de la Hacienda madrileña. Además, colisiona con los principios de confianza legítima y seguridad jurídica que una entidad pública incluya un convenio arbitral en sus pliegos (entendiendo en su momento que no precisaba de autorización) y que luego alegue no haber recabado la correspondiente autorización para eludir los efectos de un arbitraje en su contra.

7. Autorización bajo la normativa patrimonial y el demanio público como límite de la arbitrabilidad

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP) contiene un precepto, el art. 31, que abunda en la desconfianza que guarda el Legislador sobre el arbitraje, al establecer, siguiendo la fórmula de la normativa presupuestaria, que “no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”. Este precepto, que no tiene carácter básico, encuentra sus réplicas en la normativa patrimonial autonómica.

V.gr. art. 11.2º de la Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de Castilla-La Mancha o el art. 12 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana. Algunas Comunidades Autónomas excluyen la necesidad de dictamen del consejo consultivo si la cuantía no supera determinados límites, *Vid:* art. 15.4º Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón o el art. 17.8º Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

En similares términos a los señalados en el apartado anterior, también será necesario cumplir con los requisitos de la normativa patrimonial si el arbitraje, a pesar de tener su origen en un contrato público, incide sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas.

Si bien el citado art. 31 LPAP se refiere, en términos generales, a “los bienes y derechos del Patrimonio del Estado”, se debe distinguir entre aquellos que tienen naturaleza patrimonial y los que son demaniales. En términos generales, será posible, tras obtener la correspondiente autorización, someter a arbitraje cuestiones relativas a bienes patrimoniales, pero no demaniales, atendiendo a su naturaleza, características (los bienes demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables) y a las finalidades que uno y otros están llamados a cumplir.

(Rodríguez Muñoz, 2011 69-90; Jiménez Plaza, 2010, 356). La rotundidad de la exclusión de arbitrabilidad de bienes demaniales tiene matices. “En realidad, las concesiones demaniales no están –siempre– excluidas del arbitraje. Basta observar, y esto se olvida en nuestra jurisprudencia, que ya en el ámbito internacional y sobre los mismos bienes, si se firma un tratado, puede surgir



la responsabilidad del Estado por una concesión demanial que afecte a una inversión” (Soriano Hinojosa, 2017, 849–871).

Tampoco podrá ser objeto de arbitraje la determinación sobre si un bien tiene naturaleza patrimonial o demanial.

Sobre esta cuestión, hemos de traer a colación la Sentencia del TS (Sala C–A, Secc. 3ª) n.º 2039/2017, de 20 diciembre de 2017. Dicho caso versó sobre una orden de la Autoridad Portuaria de Vigo de cese de actividades y abandono de un suelo de titularidad pública. La recurrente sostenía que el suelo tenía naturaleza patrimonial y que existía un pacto arbitral que exigía someter la controversia a un procedimiento de arbitraje en derecho. Por el contrario, la autoridad portuaria consideraba que el suelo era de naturaleza demanial y que no cabía someter la controversia a arbitraje. El TS, adelantamos, falla a favor de la Administración.

A pesar de la existencia de un pacto arbitral previo, de acuerdo con el alto tribunal, “el procedimiento de arbitraje sólo podría ser utilizado en los supuestos legalmente admisibles para la Administración”, considerando que “la determinación del carácter demanial de unos terrenos es cuestión que por definición no puede dilucidarse a través de un procedimiento de arbitraje privado”. El TS apoya esta conclusión en los puntos que detallamos a continuación.

En primer lugar, señala que, “con carácter general, el desenvolvimiento del arbitraje en la relación jurídica de Derecho público tropieza con un obstáculo difícilmente salvable cuando se enfrenta a los principios de legalidad e indisponibilidad de las potestades administrativas”.

A continuación, razona que “la Administración Pública, vinculada constitucionalmente a una regla de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (arts. 9, aps. 1º y 3º, y 103 CE) no puede disponer ni transigir sobre la aplicación de las normas que rigen su actuación salvo en la medida que esas mismas normas lo permitan”.

También afirma, refiriéndose a los requisitos para someter cuestiones a arbitraje que se derivan de los arts. 7.3º LGP y 31 LPAP (Real Decreto previo dictamen del Consejo de Estado), que estas normas plasman “lo que puede considerarse una regla general que sólo ha admitido excepciones puntuales”. El hecho de que la normativa del sector público contemple la posibilidad de someter cuestiones a arbitraje —refiriéndose a la LCSP 2007 y al TRLCSP— no supone “en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino sólo para aquellas sobre las que cabe transigir por no estar constreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad”.

Ello es así, explica el TS, “porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse”. Por ello, solo cabe someter a arbitraje asuntos “en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición”.

No resulta determinante si la relación contractual está sometida a Derecho público o a Derecho privado. “Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos



privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado”, afirma el TS.

En efecto, abunda la Sentencia, incluso en relaciones jurídicas privadas, “la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3º CE); servicio a los intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1º CE). Toda actividad administrativa –también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado– se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve”.

Aplicando al caso objeto de la sentencia estos razonamientos, el TS concluye que no cabe someter a arbitraje cuestiones que versen sobre la identificación de la naturaleza jurídica demanial o patrimonial de un bien, ya que ello “es fruto de la aplicación de unos criterios reglados (que no dejan de serlo porque en su definición se utilice la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) para cuya individualización no existe discrecionalidad ni disponibilidad de la Administración”. Esta afirmación puede llevar a equívocos. No es, bajo nuestro criterio, el carácter discrecional o reglado de la norma lo que impide someter la cuestión a arbitraje [sobre la arbitrabilidad de cuestiones sujetas a potestades reglas y discrecionales, *vid.* Ballesteros Pinizo 2020], sino la propia indisponibilidad reglada de los bienes demaniales. De esta indisponibilidad se deriva que no sea una materia arbitrable la determinación del carácter demanial de un bien.

En efecto, en sentencia el TS afirma que,

“ahí nos hallamos ante una potestad administrativa indisponible, por lo que, si la Administración considera que el bien en cuestión es demanial, no es esta cuestión que pueda abandonarse al juicio de un árbitro en virtud de pacto entre las partes enfrentadas, sino que una vez resuelta en tal sentido por la propia Administración que así lo afirma, únicamente podrá discutirse, en su caso, ante la Jurisdicción por los cauces impugnatorios oportunos”.

Tras considerar que la cuestión objeto de debate no podía ser dirimida en un arbitraje, el TS falló que los bienes en cuestión tenían naturaleza demanial, confirmando el acto recurrido.

Con relación a esta sentencia, volvemos a coincidir con la valoración crítica que A. Soriano Hinojosa realiza sobre la misma (2017 849-817). A pesar de que la determinación del carácter demanial de un bien se encuentra extramuros de las materias arbitrables, en el caso objeto de la sentencia la autoridad portuaria había manifestado, por sus propios actos, que el bien tenía naturaleza patrimonial, al haber suscrito el correspondiente convenio



arbitral. No casa bien con los principios de confianza legítima y seguridad jurídica que se suscriba un convenio arbitral sobre la base de que un bien es patrimonial y más tarde, cuando se inicie un procedimiento arbitral en contra de la entidad pública, alegar que, en realidad, tenía naturaleza demanial, prescindiendo del procedimiento de declaración de lesividad para anular la correspondiente autorización previamente otorgada para suscribir el convenio arbitral.

8. El ejercicio de la potestad de revisión de oficio de la adjudicación de contratos públicos sujetos a cláusulas arbitrales

La sujeción de un contrato a cláusulas arbitrales no blindará a este durante su ejecución del riesgo de que el poder adjudicador inicie un procedimiento de revisión de oficio de los actos de preparación y adjudicación, resultando en la nulidad del contrato y, con ello, del convenio arbitral.

Para analizar esta cuestión conviene acudir a la STS CA 3ª n.º 1346/2021 de 17 noviembre de 2021 (rec. cas. 3772/2020), en relación con las SSTSJ País Vasco CP 1ª n.º 11/2017 de 15 noviembre de 2017 y n.º 5/2018 de 30 mayo de 2018 [sobre estos pronunciamientos: A. Soriano Hinojosa, (2018 y 2022); Tornos Mas, 2022, 127-139]. Los precedentes de este caso son especialmente complejos. En el siguiente párrafo los exponemos en apretada síntesis.

Se adjudica a una UTE un contrato público de obra licitado por una sociedad pública municipal que tenía la consideración de poder adjudicador no Administración Pública. En dicho contrato se incluyó una cláusula arbitral.

La cláusula arbitral decía así: “Todas las controversias que se planteen en relación con la preparación y adjudicación del presente contrato partes serán fiscalizadas por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo. Leioa Kirolak y quien resulte adjudicataria del presente contrato acordarán someter toda controversia que surja en relación o con ocasión de la ejecución y cumplimiento del contrato, así como sobre su eficacia y resolución, a arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, de acuerdo con su normativa reguladora”.

Posteriormente, la sociedad adjudicadora se disuelve y una Administración Pública, el Ayuntamiento de Leioa, se subroga en la posición del órgano de contratación. Tras ello, la Administración inicia un procedimiento de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato para proceder a su liquidación sin indemnización para el contratista.

Esta decisión trae causa de una resolución adoptada por el Consejo Vasco de la Competencia el 21 de mayo de 2013 en la que se entendieron acreditadas prácticas colusorias de la libre competencia tras la participación de una de las empresas de la UTE en la elaboración de los Pliegos que regían el contrato, resolución confirmada por sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco los días 15 de febrero de 2016 (recurso 428/2013) y 22 de marzo de 2016 (recurso 407/2013), contemplando en esta última la posibilidad de iniciar un procedimiento de revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato.



Paralelamente, el contratista acude a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, entendiendo que, al estar el contrato sujeto a arbitraje, el Ayuntamiento no podía unilateralmente declarar la nulidad de su adjudicación. El Ayuntamiento se opone al arbitraje alegando la incompetencia del árbitro. El árbitro dicta laudo interlocutorio rechazando la oposición y dando curso al arbitraje. El Ayuntamiento formula un recurso de anulación frente a dicho auto, que es desestimado por la STSJ País Vasco (Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª) n.º 11/2017 de 15 noviembre de 2017. Tras el laudo interlocutorio, el Ayuntamiento finaliza el procedimiento de revisión de oficio y declara la nulidad de la adjudicación. A continuación, se dicta el laudo sobre el fondo, declarando la resolución del contrato por incumplimiento imputable al Ayuntamiento y ordenando la indemnización de daños y perjuicios a la UTE. El Ayuntamiento formula un nuevo recurso de anulación frente a dicho auto, que es desestimado por sentencia del TSJ del País Vasco de 30 mayo de 2018. Contra el acuerdo de revisión de oficio de la adjudicación, la UTE presenta un recurso contencioso-administrativo. En primera instancia se desestima el recurso (SJCA n.º 3 de Bilbao de 12 de diciembre de 2018 (rec. n.º 243/2017)). En apelación se estima el recurso anulando la revisión de oficio (STSJ (Sala C-A, Secc. 1ª) n.º 364/2019 de 26 diciembre de 2019 (rec. n.º 129/2019)). El Ayuntamiento presenta un recurso de casación, que es admitido (Auto del TS (Sala C-A, Secc. 1ª) de 17 diciembre 2020 (rec. cas. n.º 3772/2020)). El TS estima la casación y confirma la revisión de oficio atendiendo a los argumentos que analizaremos a continuación.

En esencia, el litigio versaba sobre si el Ayuntamiento podía anular, siguiendo un procedimiento de revisión de oficio, la adjudicación de un contrato de obra, habida cuenta de que este estaba sometido a una cláusula de arbitraje privado o si, por el contrario, dicho convenio arbitral constituía un límite para revisar los actos de adjudicación.

El TS, atendiendo a la naturaleza administrativa de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato en virtud de la doctrina de los actos separables, de lo dispuesto en el actual art. 41.2º LCSP e, incluso, del propio convenio arbitral, que remitía a la jurisdicción contenciosa para la impugnación de dichos actos, falló que el Ayuntamiento podía ejercer sus competencias revisoras respecto a su adjudicación. Por ello, concluyó “que una cláusula de sumisión a arbitraje de Derecho privado en un contrato de obra no impide por sí mismo el ejercicio por una Administración Pública de su potestad de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato”.

No obstante, matizó el TS, el hecho de que en este caso concreto cupiera la revisión de oficio de la adjudicación,

“no quiere decir que no fuera procedente el arbitraje privado, que estaba expresamente contemplado en el propio contrato de adjudicación. Pero lo era [...] en relación con su ejecución y cumplimiento, así como con su eficacia y resolución. Pero si la Administración pública constata y declara en ejercicio de su potestad de revisión de oficio que la adjudicación estaba viciada de nulidad, el arbitraje queda sin objeto, puesto que desaparece el propio contrato objeto del arbitraje”.

Tras confirmar que el Ayuntamiento podía dictar una resolución de revisión de oficio del acuerdo de adjudicación de un contrato sujeto a una cláusula arbitral, el TS analizó la legalidad de la misma, confirmándola.



Llegados a este punto, cabría plantearse la compatibilidad del pronunciamiento de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS confirmando la revisión, con los de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco desestimando los recursos de anulación frente a los laudos dictados por el árbitro.

Con relación al laudo interlocutorio, de acuerdo con la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco, este había sido dictado cuando la Administración aún no había declarado nulo el acuerdo de adjudicación, por lo que, en ese momento, el árbitro era competente para acordar continuar con el procedimiento. Y con relación al laudo sobre el fondo, de acuerdo con el TSJ del País Vasco, tampoco se había de anular ya que, si bien la Administración había acordado la nulidad del acuerdo de adjudicación, este aún no habría ganado firmeza en los términos del art. 42.1º LCSP en el momento en el que se dicta el laudo, pues frente a él se había interpuesto un recurso contencioso-administrativo.

Pues bien, de acuerdo con el TS, “el procedimiento de arbitraje podía seguir si ese era el criterio del árbitro, pero la resolución arbitral del contrato, efectuada en el laudo de 20 de noviembre de 2017, sólo hubiera podido ser eficaz si el procedimiento de revisión de oficio hubiese finalizado rechazando la propuesta de nulidad del mismo”. De este pronunciamiento podemos inferir que el TS comulga con la decisión de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco respecto del laudo interlocutorio, pero discrepa del segundo fallo, considerando que, una vez la Administración acuerda la nulidad de la adjudicación, el asunto ya no se podía dirimir en vía arbitral. El TS no concreta cuáles debieran haber sido las consecuencias de esta conclusión en el plano arbitral. Una posible solución habría sido la suspensión del arbitraje por la existencia de prejudicialidad a favor de la vía contenciosa, puesto que la nulidad de la adjudicación conllevaba también la del convenio arbitral.

Soriano Hinojosa discrepa de este criterio, argumentando “que la nulidad de la adjudicación no arrastra la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, hay que separar lo que es la adjudicación en sí –que podría ser nula si se confirmara en vía contenciosa– de la mera acción de indemnización por daños y perjuicios que reclama la UTE-Pinosolo al amparo de una resolución contractual y que no se ve afectada por la nulidad de la adjudicación. Es decir, la independencia del convenio arbitral confirmaría que la decisión que se adoptara en la vía contencioso-administrativa no arrastraría la nulidad del convenio arbitral y, menos aún, del Laudo” (Soriano Hinojosa, 2018 789-816, y 2022, donde el autor pone de manifiesto las dificultades que tienen los procedimientos que se sustancian en paralelo y la colisión con la independencia del convenio arbitral y el principio de *Kompetenz-Kompetenz* (es el árbitro quien decide si tiene competencia)).

El resultado de esta sentencia del TS es un laudo firme, con un recurso de nulidad desestimado (STSJ de 30 mayo de 2018), pero que resulta inaplicable. Un raro caso de laboratorio que se podría haber evitado, como decimos, con la suspensión del arbitraje a la espera de la resolución de la vía contenciosa.



*9. Sobre la (im)posibilidad de incluir cláusulas arbitrales
en contratos administrativos: a propósito del Acuerdo del TACPA
n.º 1/2022, de 11 de enero de 2022*

El Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del TACPA versa sobre un recurso interpuesto por una concejala del Ayuntamiento de Zaragoza frente a unos pliegos de un contrato administrativo que, entre otras cuestiones, recogían que “las partes del procedimiento de licitación aceptan el sometimiento a arbitraje de las discrepancias”, designando, “como árbitros a uno o a varios de los miembros de la Cátedra de Contratación Pública Local de la Universidad de Zaragoza”.

Sobre este pronunciamiento destacan los comentarios de dos de sus protagonistas: Bardavío Domínguez, vocal del TACPA, y Gimeno Feliú, codirector de la Cátedra de Contratación Pública de la Universidad de Zaragoza (Bar Domínguez, 2021 371-387)

El debate se centró, en esencia en si bajo la actual LCSP es posible someter un contrato administrativo suscrito por una Administración Pública a arbitraje.

El TACPA sostiene que es posible someter a arbitraje “cuestiones o controversias de Derecho privado, excluyendo a los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas”, pero, “en ningún caso, pueden someterse a arbitraje los efectos y extinción de los contratos administrativos”. Basa esta conclusión en los fundamentos que exponemos a continuación.

El art. 190 LCSP atribuye a la Administración determinadas prerrogativas (interpretación, modificación, suspensión, resolución, etc.) “cuyo resultado está sujeto al control judicial ordinario, en orden a garantizar la tutela judicial efectiva”. De esta manera, continúa el TACPA, “acudir al sistema arbitral en relación a los efectos y extinción en los contratos administrativos celebrados por las administraciones públicas, como en el presente caso, conlleva la elusión de los preceptos recién transcritos, con renuncia por parte de la administración contratante a las prerrogativas establecidas en el art. 190 LCSP, lo cual es contrario al interés general, pues éstas están establecidas precisamente en garantía del mismo, así como la renuncia por parte del contratista a la tutela judicial efectiva, pues el sistema arbitral impide el conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios”.

No compartimos este razonamiento. El arbitraje no impide el ejercicio de las prerrogativas del art. 190 LCSP. Lo único que hace es someter su posterior enjuiciamiento a un árbitro, en lugar de a la jurisdicción contenciosa. Así se ha señalado con acierto en el art. 33.1º Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, andaluz:

“La sumisión a arbitraje no podrá en ningún caso suponer renuncia al ejercicio de las prerrogativas de la Administración en los contratos reconocidas en el art. 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de modo que lo que se someterá a arbitraje será el acuerdo que adopte el órgano de contratación después del procedimiento que para el ejercicio de dichas prerrogativas establece el art. 191 de dicha Ley”.



Tampoco coincidimos con que someter una cuestión a arbitraje suponga, en modo alguno, renunciar a la tutela judicial efectiva. En efecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional” compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 174/1995, 176/1996, 13/1997, 9/2005 y 176/2006), pues el control jurisdiccional sobre el laudo mediante la acción de anulación y el auxilio judicial en la ejecución del laudo están garantizando la tutela judicial efectiva (de hecho, se ha llegado a afirmar que el arbitraje “garantiza mayor seguridad jurídica”: Gimeno Feliu, 2021).

Por otro lado, el TACPA afirma que “el propio principio de legalidad parece impedir aceptar esta figura para la resolución de conflictos en la contratación pública cuando una de las partes es la Administración. En cualquier caso, resulta claro que se puede someter a arbitraje aquellas controversias que coincidan con la disponibilidad de su objeto para las partes. Por ello, no es factible el arbitraje en el campo del Derecho administrativo, por cuanto el fin de la actuación de los entes públicos es el interés general y una vía alternativa a la judicial evitaría además el control de la legalidad de las actuaciones administrativas por Jueces y Tribunales”.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado. Como se ha explicado, no entendemos que el hecho de estar ante un contrato administrativo, cuyos efectos se regulan por Derecho público, impida someter una controversia a arbitraje. El arbitraje es compatible con el carácter imperativo del derecho a aplicar, ya sea público o privado, sin que el interés general se pueda erigir como un obstáculo insoslayable cada vez que entre en juego el Derecho administrativo.

Asimismo, el TAPCP analiza lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 31/2011 de Aragón (derogada por la Ley 11/2023, de 30 de marzo, pero aplicable en el contrato objeto del recurso), en el que se establecía que los poderes adjudicadores —las Administraciones Públicas lo son— pueden someter a arbitraje las controversias relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de sus contratos. Con relación a este precepto, el TAPCP señala que, “a juicio de este Tribunal, la única interpretación acorde con la distribución constitucional de competencias que cabe dar al art. 22 de la [Ley 31/2011], es que el ámbito subjetivo del mismo son los poderes adjudicadores no administración pública”.

A este respecto, apunta Gimeno Feliu, “no existe ninguna contradicción entre ley estatal y ley autonómica aragonesa, pues no existe ningún precepto de competencia estatal afectado. [...] El TACPA, así, asume un indebido rol de “control de constitucionalidad” de normas por un eventual conflicto competencial, para lo que, sin fundamento en el principio de prevalencia de la norma estatal, carece manifiestamente de competencia” (Gimeno Feliu, 2022). Coincidimos. No obstante, dicho autor omite el hecho de que el art. 22 Ley 31/2011 de Aragón no aplica a entidades locales, como lo es el Ayuntamiento de Zaragoza.

El ámbito subjetivo de esta norma abarcaba la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador, así como la Universidad de Zaragoza. No aplicaba a las entidades locales, según se destaca en el Informe n.º 2/2012, de 22 de noviembre de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de



Aragón: “la posibilidad de remisión al arbitraje como solución a las diferencias que puedan surgir en fase de ejecución contractual que prevé el art. 22 Ley 3/2011, continúa exenta de aplicación a las entidades locales”.

En definitiva, no consideramos que la fundamentación de esta resolución del TACPA negando la posibilidad de incluir una cláusula arbitral en un contrato administrativo sea acertada.

IV. EL ARBITRAJE DE CONTRATOS DE SECTORES EXCLUIDOS

COMO se destacaba al inicio de este capítulo, en materia de sectores excluidos (sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales) existe una regulación propia y expresa sobre la sujeción de controversias a arbitraje.

El art. 123 RD-ley 3/2020 prevé, en su apartado primero, que “las entidades contratantes podrán remitir a un arbitraje en derecho, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos”. Quedarían, por tanto, excluidas como materia arbitral, las cuestiones referidas a la preparación y adjudicación de contratos, respecto de las cuales cabría, en su caso, la correspondiente reclamación en el ámbito de los sectores excluidos equivalente al REMC (arts. 119 ss RD-ley 3/2020).

Para que pueda llevarse a efecto la posibilidad de someter el contrato a arbitraje, el apartado segundo del art. 123 RD-ley 3/2020 dispone que “los pliegos de condiciones determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista”. A pesar de que el RD-ley 3/2020 parece que deja la puerta abierta a una posible desproporción entre el número de árbitros propuestos por la entidad contratante y el contratista (solo se garantiza que “al menos uno” sea propuesto por él), dicho desequilibrio no podría producirse en virtud del principio de igualdad en el nombramiento de árbitros contemplado en el art. 15.2º LA.

En cualquier caso, incluso cuando los pliegos no concreten la composición del órgano arbitral [llama la atención que se regule este supuesto, ya que el apartado segundo del art. 123 dispone en términos imperativos que “los pliegos de condiciones determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia], seguirá siendo posible acudir al arbitraje, correspondiendo, en ese caso, la competencia a los tribunales de contratación. Así lo dispone el apartado tercero del art. 123 RD-ley 3/2020: “Cuando el pliego no señale la composición del órgano arbitral, y no exista acuerdo sobre la misma entre la entidad contratante y el contratista, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación a que se refiere el art. 119”.



No cabe duda de que los tribunales de contratos tienen una enorme especialización para resolver las cuestiones que surgen sobre los actos susceptibles de REMC o de la reclamación equivalente en materia de los sectores excluidos, que, principalmente, tratan sobre aspectos relativos a la preparación y adjudicación y, en todo caso, deciden sobre Derecho público. No obstante, como apuntan autores como Canals Vaquer, surgen dudas razonables en cuanto a que esos mismos órganos sean los más adecuados para resolver arbitrajes sobre aspectos relacionados con la ejecución y resolución de contratos sometidos, en su mayor parte, a Derecho civil.

(Canals Vaquer, 2020). Adviértase que ese mismo autor cuestiona otros aspectos del art. 123 de la RD-ley 3/2020 cuyas críticas no compartimos. Por ejemplo, critica que no puede actuar como tribunal arbitral un ente en el que las partes en litigio no han tenido intervención alguna en su composición, cuando es sabido que la LA permite encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a corporaciones de Derecho público y entidades pública. Asimismo, también cuestiona que, en el ámbito de los sectores excluidos, la presentación de ofertas suponga la aceptación incondicionada de los pliegos —aspecto este que es perfectamente pacífico—, por lo que pone, por ese motivo, en duda la aceptación de la cláusula arbitral contenida en los pliegos.

Dicho lo cual, otros autores, como J. Tornos Mas (2022, 127-139), sí que consideran adecuado que se atribuyan funciones arbitrales a estos órganos, siempre que se les doten de medios personales y materiales suficientes para desempeñar esta nueva función.

A pesar de las dudas que pudieran surgir sobre la idoneidad e, incluso, competencia de los órganos de recursos contractuales para actuar como órganos arbitrales, algunos pronunciamientos han hecho eco de esta previsión reconociendo, implícitamente, su competencia.

Estas dudas han sido planteadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Acuerdo 7/2015, de 26 de junio, por el que se da cuenta a la Comisión Permanente de las observaciones efectuadas por la Comunidad de Madrid a los borradores de anteproyectos de las Leyes de contratos del sector público y sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales: “El ap. 3 dispone, “Cuando el pliego no señale la composición del órgano arbitral, y no exista acuerdo sobre la misma entre la entidad contratante y el contratista, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación”, si bien la nueva LCSP cuando se ocupa del recurso especial en materia de contratación en ningún momento atribuye la facultad de resolver arbitrajes (no los prevé la nueva LCSP), a los órganos competentes para la resolución de recursos especiales en materia de contratación, por lo que sería conveniente que la LCSP previese que corresponderán también a estos órganos aquellas otras competencias que les atribuya el ordenamiento jurídico”.

Así, por ejemplo, en la reciente resolución del TACRC n.º 1560/2023, de 1 de diciembre de 2023, se señala que dicho tribunal puede conocer cuestiones relativas a la ejecución, resolución y extinción de contratos sometidos a la normativa de sectores excluidos “si y solo si las partes acuerdan someterse al arbitraje de este Tribunal en los términos que prevé el art. 123 RDL 3/2020”.



No obstante, todavía no existe ningún precedente en el que los tribunales de contratación hayan tenido que asumir dicho papel, por lo que, más allá de los interrogantes que se nos plantean sobre su idoneidad, aún es pronto para valorar las consecuencias prácticas de esta innovadora previsión del RD-ley 3/2020.

Se han formulado peticiones de información en virtud de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la totalidad de los órganos de contratos en las que se ha preguntado a cada uno de ellos: “(a) Si se ha sometido al arbitraje de ese órgano de recursos contractuales algún asunto. (b.) En caso de que la respuesta sea afirmativa, cuántos asuntos se han conocido, sobre qué materias y contratos han versado, cuáles eran las partes y cuál ha sido la resolución”. Todos han contestado que, hasta la fecha, aún no se ha sometido a arbitraje ningún caso en virtud del art. 123 del RD-ley 3/2020.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS PANIZO, C.I., “El arbitraje en la contratación pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, n.º 200, 2019, pp. 191–218.
- BALLESTEROS PANIZO, C.I., “El criterio de arbitrabilidad en Derecho administrativo”, *Revista General de Derecho administrativo*, n.º 55, 2020.
- BARDAVÍO DOMÍNGUEZ, P., “¿Cabe el arbitraje en los contratos administrativos? Comentario sobre el Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, n.º 13, 2021, pp. 371–387.
- BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2004.
- CANALS VAQUER, R., “Arbitraje y contratación pública: el art. 123 del RDL 3/2020, de 4 de febrero sectores especiales: ¿un inesperado brote verde?”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 2, 2020.
- DORREGO DE CARLOS, A., “El arbitraje en la contratación pública”, *Estrategia Financiera*, n.º 288, 2011, pp. 30–33.
- DORREGO DE CARLOS, A., “El arbitraje en los contratos públicos”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero de 2013.
- ESPLUGUES BARONA, C., “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, 2019, pp. 85–99.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “Nulidad de un contrato adjudicado por una sociedad mercantil municipal: sometimiento a una cláusula de arbitraje”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 177, 2022, pp. 214–216.
- GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2011.
- GIL CRUZ, E.M., “El arbitraje en la contratación pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5/2010, pp. 57–66.
- GIMENO FELIÚ, J.M. *La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Navarra, 2019.



- GIMENO FELIÚ, J.M., “El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho administrativo*, n.º 59, 2022.
- GIMENO FELIU, J.M., “Los fondos europeos “next generation” como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal”, *Revista española de Derecho administrativo*, n.º 214, 2021, pp. 39–74.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Navarra, 2019.
- GÓMEZ JENE, M., “Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n.º 2, 2021, pp. 745–753.
- JIMÉNEZ PLAZA, C., “Las limitaciones a la disponibilidad de los bienes y derechos”, en J.F. Mestre Delgado (dir.), *El régimen jurídico genera del Patrimonio de las administraciones públicas*, Madrid, 2ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2010, pp. 356 ss.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., “El sometimiento de los derechos de la hacienda pública a arbitraje o transacción”, *Revista Quincena Fiscal*, n.º 17, 2011, pp. 69–90.
- SORIANO HINOJOSA, A., “Arbitraje y revisión de oficio en la contratación pública (STS CA 3ª 17 noviembre 2021)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 10, 2022;
- SORIANO HINOJOSA, A., “Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia Sentencia 5/2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 30 mayo 2018”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n.º 3, 2018, pp. 789–816.
- SORIANO HINOJOSA, A., “Arbitraje, derechos patrimoniales del Estado y de otras entidades públicas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, de 20 diciembre 2017)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 10, n.º 3, 2017, pp. 849–871.
- SORIANO HINOJOSA, A., “La necesidad de autorización previa en arbitrajes con la Administración Pública y renuncia a la acción de anulación: Autos del TSJ de Madrid de 30 de octubre de 2019 y de 4 de febrero de 2020”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 2, 2020.
- TORNOS MAS, J., “El arbitraje en la contratación pública” en F.J. Bauzá Martorell (dir.), *Mediación y arbitraje en la Administración Pública: por una conciliación entre la legalidad y la eficacia*, Bosch, 1ª edición, 2022, pp. 127–139.



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 inadmisible 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 participan 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, alternatively, 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.1º 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. 25.1º 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 n° 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.
- BÖCKSTIEGEL, 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) Cívitas-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. 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’Etat’ 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, nº 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, nº 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, nº 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, nº 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.



Otras manifestaciones del arbitraje administrativo

El arbitraje en las ayudas y subvenciones públicas

I. INTRODUCCIÓN

EXISTEN varias cuestiones de carácter doctrinal general que han de tratarse de manera previa a abordar la posibilidad del empleo del arbitraje, y en su caso de su alcance, en la concesión de ayudas y subvenciones públicas.

Esas cuestiones se pueden agrupar en dos categorías: las cuestiones relativas a la naturaleza de las subvenciones y ayudas y las relativas a la naturaleza del arbitraje.

Más adelante se tratará la diferencia entre ayuda, género, y subvención, especie, basando decir aquí que las subvenciones sólo pueden ser concedidas por Administraciones públicas en el ejercicio de una potestad administrativa: la potestad subvencional.

Que la concesión de una subvención es el ejercicio de una potestad administrativa no es discutible, pues el inciso inicial del art. 3 Ley General de Subvenciones, Ley 38/2003 de 17 de noviembre, en adelante LGS establece que “*(l)as subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de esta ley*” y el párrafo 1 del artículo considera como Administraciones públicas, a los efectos de la LGS, a las territoriales.

Dado que la literalidad del precepto habla de subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas, podría pensarse *a sensu contrario* que pueden existir subvenciones otorgadas por quienes no son Administraciones públicas, pero ello se debe a la muy defectuosa técnica legislativa de la LGS, y del párrafo 2 del mismo art. 3 se desprende con claridad la naturaleza únicamente administrativa de las subvenciones pues dice que:

“(d)eberán asimismo ajustarse a esta ley las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas *en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas*”.

Añadiendo, en el segundo inciso del art. 3.2º que se viene comentando, que se denominan entregas dinerarias sin contraprestación a las que realicen los entes del párrafo anterior que se rijan por Derecho privado.



Es decir, las subvenciones las conceden las Administraciones públicas o los entes públicos de derecho público en el ejercicio de potestades administrativas.

Partiendo de que la concesión de subvenciones, en realidad todos los actos dictados en el procedimiento subvencional, desde la aprobación de las bases reguladoras hasta la comprobación de la justificación de la actividad subvencionada, lo son en el ejercicio de la potestad subvencional, ha de tratarse el encaje de las potestades administrativas y el arbitraje.

El arbitraje recae sobre derechos (y obligaciones) controvertidos. Así el art. 2.1º LA/2003 dice que son objeto del mismo “*las materias de libre disposición conforme a derecho*”, no habla ni de potestades ni de derechos, sino de materias, y es evidente que la materia consistente en ejercer una potestad, que es un poder-deber, no puede someterse a arbitraje, pues su ejercicio (tanto su contenido como su forma) ha de realizarse en la forma prevista por una ley de *ius cogens*.

Cuestión distinta es si, una vez ejercitada una potestad, cabe someter a arbitraje el derecho y la correlativa obligación, derivados de ese ejercicio.

Así por ejemplo el art. 190.1º 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, en adelante LCSP, atribuye como prerrogativa, potestad, al órgano de contratación la de resolver los contratos administrativos y el art. 213.3º del mismo texto legal establece como consecuencia de la resolución por incumplimiento culpable del contratista –uno de los supuestos generales de resolución, que están recogidos en el art. 211 LCSP– la obligación de la Administración de incautar la fianza y exigir al contratista la indemnización por los daños y perjuicios en lo que excedan de importe de la garantía incautada.

Se aprecia por tanto que del ejercicio de una potestad, la de resolver el contrato, surge un derecho patrimonial, el derecho a percibir una cantidad de dinero.

Sería un supuesto análogo a cuando se decreta el reintegro de una subvención.

En principio podría parecer que cabría que pudieran someterse a arbitraje esos derechos derivados del ejercicio de una potestad, pues el art. 7.3º Ley General Presupuestaria, Ley 47/2003 de 23 de noviembre, en adelante LGP permite someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto a los derechos de la Hacienda Pública cumpliendo ciertos requisitos, y no distingue entre derechos derivados del ejercicio de potestades administrativas y los de otras procedencias.

Sin embargo la LGP lo que sí distingue es entre derechos de naturaleza pública y de naturaleza privada, y en realidad el art. 7.3º sí establece una limitación, dado que su regulación de la sumisión a arbitraje, antes expuesta, es “*sin perjuicio de lo establecido en el ap. 2 del art. 10 de esta ley*”.

Y ese art. 10.2º establece, para los derechos de naturaleza pública, que son los derivados del ejercicio de una potestad administrativa (inciso final del art. 5.2 de la LGP), que



su régimen jurídico sea el contenido en la Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, en adelante LGT y en la LGT no está previsto el arbitraje.

Y por otro lado, si no se puede someter a arbitraje el ejercicio de una potestad, sería fraude de ley someter a arbitraje las consecuencias de ese ejercicio, pues vaciaría de contenido la propia potestad.

En conclusión, *la actividad subvencional consiste en el ejercicio de potestades públicas y no son susceptibles de sumisión a arbitraje ni el ejercicio de potestades públicas ni las consecuencias de ese ejercicio.*

Tras llegar a la anterior conclusión se va a hacer ahora referencia a una serie de excepciones y matices que desvirtúan en gran parte la conclusión, o mejor dicho, la fijan en sus justos términos.

En primer lugar se ha dicho que las subvenciones sólo pueden ser concedidas por Administraciones públicas, sin embargo la defectuosa técnica legislativa de la LGS ha venido a ser incrementada por la práctica introducir en la misma disposiciones adicionales, o modificar las ya existentes, a través de disposiciones finales de otras leyes que regulan materias distintas y que alteran la regulación de la LGS sin una necesaria reflexión técnica, trastocando el sistema general de regulación de las subvenciones en nuestro ordenamiento.

Se trata concretamente de las Disposiciones adicionales décimo sexta y vigésima sexta de la LGS.

La primera de ellas, que se refiere a las fundaciones públicas, ha visto modificado su texto original por la Disposición Final Séptima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), determinando que las fundaciones del sector público estatal, que antes sólo podían realizar aportaciones gratuitas bajo la forma de entregas dinerarias sin contraprestación, que no tenían ni naturaleza de subvención ni naturaleza administrativa, ahora pasan a poder conceder subvenciones.

La DA Décimo Sexta de la LGS también ha sido modificada posteriormente por la Disposición final décima tercera. Tres de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023., pero esta modificación no tiene interés para el presente capítulo.

La reforma de la Disposición adicional décimo sexta de la LGS regula mínimamente el régimen de estas subvenciones de las fundaciones públicas, distinguiendo en su procedimiento entre los actos que serían fruto del ejercicio de potestades administrativas (así lo dice expresamente, prueba una vez más de que la actividad subvencional es una actividad administrativa), actos que no realiza la fundación sino órganos administrativos, y los actos que estarían sujetos al Derecho privado y que sí realiza la fundación. Entre los actos que realiza la fundación se encuentra la concesión de la subvención, acto por tanto de Derecho privado, aunque sujeto a autorización previa de un órgano administrativo.

Por su parte la Disposición adicional vigésima sexta de la LGS ha sido introducida en la misma por la Disposición final 1ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.



La Disposición introducida regula las subvenciones y otras ayudas concedidas por las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el Derecho privado, estableciendo que “(l)as entregas dinerarias sin contraprestación que otorguen las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el Derecho privado, tendrán siempre la consideración de subvenciones”. Añadiendo que su concesión y demás actuaciones contempladas en esta la LGS “constituirán el ejercicio de potestades administrativas” a los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y en la LRJSP “sometidas al mismo régimen jurídico establecido para las subvenciones concedidas por las Administraciones Públicas”.

Lo que vuelve a confirmar el carácter de potestad administrativa de la actividad subvencional, aunque crea el problema *material* de cómo pueden realizar procedimientos administrativos entidades que no tienen una estructura administrativa.

Entonces, como *primer matiz* a la conclusión de que la actividad subvencional consiste en el ejercicio de potestades públicas y por tanto esa actividad no es susceptible de arbitraje, aparece el hecho de que algunos de los actos del procedimiento de concesión de subvenciones por las fundaciones públicas, entre ellos la concesión *strictu sensu*, no son actos producto de una potestad administrativa.

A este respecto cabría plantearse si la Disposición adicional vigésima sexta de la LGS ha venido a derogar la Disposición adicional décimo sexta de la propia LGS, pasando a ser todas las actuaciones subvencionales de las fundaciones públicas ejercicio de potestades administrativas, al ser las fundaciones públicas entidades públicas que se rigen por el Derecho privado, pero si el legislador hubiese deseado esa derogación lo habría hecho expresamente.

Pero lo importante de las Disposiciones adicionales de la LGS comentadas es que *han venido a poner el foco en un aspecto capital del problema*: el lado subjetivo.

Hasta aquí en este capítulo se ha tratado del encaje del ejercicio de potestades administrativas en la institución del arbitraje, considerándose que las potestades administrativas, y los actos fruto de las mismas, no son en principio materias de libre disposición.

Pero la Ley no se refiere a los actos, a la actuación, sino a los sujetos. El art. 7.3º de la LGP permite, con ciertos requisitos, someter a arbitraje los derechos de la Hacienda Pública o si se quiere impide someter esos derechos a arbitraje como regla general.

Y la Hacienda Pública está formada, conforme establece el art. 5.1º LGP, “*por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos*”, es decir no por las entidades del sector público que se rijan por el Derecho privado.

El sistema era coherente, la LGP regula la posibilidad de sumisión a arbitraje desde un prisma subjetivo, lo que es totalmente lógico pues la gestión de lo público siempre se ha definido desde ese parámetro, el propio concepto de sector público, que es el usado para definir la actividad financiera, es un concepto subjetivo, no se define la actividad en sí, sino



que la actividad financiera pública es la que llevan a cabo los entes del sector público. Y era coherente porque lo propio es que las potestades administrativas sean ejercitadas por entes administrativos y los derechos derivados de ese ejercicio se integran en la Hacienda Pública.

Pero desde el momento en que se permite a entes no administrativos el ejercicio de potestades administrativas, como ocurre por su atribución en la forma prevista en la LR-JSP o en otras normas como ocurre con las Disposiciones Adicionales que la LGS que se han comentado, esos entes pueden adquirir derechos fruto del ejercicio de potestades administrativas que no se integran en la Hacienda Pública y por tanto son susceptibles de ser sometidos a arbitraje.

- i) *Así, como primera excepción a la anterior conclusión debe decirse que la actividad subvencional de entes no administrativos es susceptible de ser sometida a arbitraje.*

Lo anterior además resulta de plena aplicación a *la actividad contractual de estos entes*, que si bien no gozan de potestades administrativas en su actuación contractual, pues las potestades recogidas en la LCSP están en sede de ejecución de los contratos y los entes no administrativos aplican el Derecho privado en esa ejecución, lo cierto es que los derechos que adquieren durante la ejecución de un contrato no se integran en la Hacienda Pública, dado que estos entes no forman parte de la misma, y por tanto la posibilidad de *su sumisión a arbitraje no ofrece la menor duda*.

Y ello aunque a algunos de esos entes no administrativos la LCSP les atribuya a efectos contractuales el carácter de administración pública mediante la malhadada expresión “*a los efectos de esta Ley*”, tan querida últimamente de nuestro legislador y que concretamente en la LCSP se utiliza en los párrafos 1 y 2 del art. 3 para definir su ámbito subjetivo. Que un ente sea Administración pública a los efectos de su contratación no implica que los bienes obtenidos mediante la contratación formen parte de la Hacienda Pública, pues esta es un concepto subjetivo según lo ya dicho y un ente no puede a la vez formar y no formar parte de la Hacienda Pública.

- ii) *El segundo matiz o acotación a la anterior conclusión de que la actividad subvencional, como potestad pública que es, no puede someterse a arbitraje, consiste en que existen supuestos en los que la Ley permite que las partes, la Administración y el interesado, determinen conjuntamente el contenido de la resolución que pone fin al procedimiento de ejercicio de la potestad administrativa.*

Ejemplo de lo anterior es la terminación convencional de los procedimientos administrativos, del que es un supuesto la resolución de los contratos administrativos por mutuo acuerdo.

El art. 86 LPACAP permite a las Administraciones Públicas celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, *en su caso*, prevea la disposición que lo regule.



De esta regulación se deduce que cabe ejercer potestades mediante pacto y que no es preciso que exista habilitación legal expresa, pues el precepto se refiere a la disposición que regule el acuerdo o pacto “*en su caso*”.

La base lógica es que, si el resultado del ejercicio de la potestad es el querido por el ordenamiento jurídico, el contenido del acto es correcto, en nada empecé que se haya llegado al mismo por acuerdo en vez de por imposición.

Un claro ejemplo, antes citado, de terminación convencional de un procedimiento de ejercicio de potestades administrativas es la resolución de los contratos administrativos por mutuo acuerdo entre la Administración y el adjudicatario. *Ut infra* se hace un mayor desarrollo de esta figura en relación con las subvenciones.

Por tanto el segundo matiz es que si el ejercicio de una potestad puede ser objeto de acuerdo, en realidad es una materia susceptible de transacción, y por tanto de sumisión a arbitraje.

- iii) El *último matiz o gradación* a la tan meritada conclusión es la posibilidad de la utilización de la figura de la tasación pericial contradictoria en la gestión de las subvenciones, a la que también se hace referencia extensa más adelante.

II. TÉCNICA SUBVENCIONAL

DESDE Jordana de Pozas es común considerar que el fomento es una de las tres formas en las que la Administración interviene en la vida de los ciudadanos. También es común, no con carácter general afortunadamente, identificar el fomento con las subvenciones o mejor dicho las subvenciones con el fomento. Es decir, si bien se entiende que la actividad de fomento utiliza otros instrumentos además de las subvenciones, no toda actividad de fomento se lleva a cabo mediante la concesión de subvenciones, piénsese por ejemplo en los beneficios fiscales (permítasenos la generalización, pues los beneficios fiscales no se realizan estrictamente a través de la actuación administrativa, sino legislativa, ya que el art. 133.3º CE establece que los “(t)odo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley”, pero no deja de ser una técnica de fomento utilizada por el Estado), sí se tiende a considerar que toda subvención es fomento y esto no es así.

La regulación del concepto de subvención en el art. 2.2º LGS, es absolutamente formal. De esa regulación puede definirse la subvención como “la transmisión gratuita de la propiedad de una cantidad de dinero que realiza una Administración pública, por razones de interés público y para la realización de una actividad, por haber realizado ya una actividad o por la concurrencia de una situación en el perceptor de la cantidad de dinero” (Rodríguez Castaño, 2013).

Nótese que, cuando la subvenciones se entregan en atención a la concurrencia de una situación no se está fomentando la realización de un actividad y, en los otros dos casos, los



de actividad futura o actividad pasada, no necesariamente se está fomentando su realización, pues se puede estar compensando al subvencionado por un beneficio obtenido por la Administración “subvencionante”, como se pasa a desarrollar.

Para explicar lo anterior permítasenos un ejemplo. Las Entidades Locales han de prestar ciertos servicios sociales, por ejemplo la asistencia domiciliaria a determinadas personas, y lo pueden hacer de tres maneras: directamente con sus propios medios, contratando a una empresa o concediendo una subvención a una entidad no lucrativa.

La actividad material que realizan la empresa y la entidad no lucrativa es idéntica, ello sin perjuicio de que la empresa obtendrá beneficio de su actuación y la entidad no lucrativa no y de que el régimen jurídico formal será diferente: el regulado en la legislación contractual pública en el primer caso y el recogido en la legislación subvencional en el segundo.

Pero la actividad realizada por la entidad no lucrativa ha redundado en beneficio de la Entidad Local, que debía prestar el servicio. El art. 2 LGS exige, para que nos encontremos ante un subvención, que no exista contraprestación directa, pero puede existirla indirecta, como en este caso. Por tanto, la concesión de la subvención a la entidad no lucrativa por parte de la Entidad Local no ha sido una actuación de fomento, sino dirigida a conseguir indirectamente la realización de una prestación.

Todo lo argumentado hasta aquí lo ha sido para fundamentar que la LGS ha conceptualizado a la subvención como una técnica, pero no necesariamente como una técnica de fomento.

La LGS, tan criticable técnicamente en otros aspectos, optó por definir únicamente las subvenciones y no las subvenciones y ayudas, y optó por hacerlo desde un punto de formal, lo cual fue un acierto, pues una definición finalista genérica que caracterice todo tipo de subvención y ayuda se antoja imposible.

Visto que una subvención no es solamente una técnica de fomento, sino una técnica de actuación administrativa se puede pasar a desarrollar la siguiente idea.

Subyace la impresión, también generalizada, de que las subvenciones son una concesión graciosa de la Administración y que los beneficiarios no tienen derechos, dado que son unos sujetos a los que se mantiene, aunque realicen actividades no productivas.

Esta mala prensa de la subvenciones incide incluso en la postura de la jurisprudencia hacia las mismas, no reconociéndose garantías procedimentales que sí se reconocen en las tramitaciones de otras áreas públicas.

Para la postura jurisprudencial frente a los derechos procedimentales de los beneficiarios puede consultarse el trabajo del autor “Comentario a la STS 71/2020 de 14 de enero” (Rodríguez Castaño, 2021). Posibilidad de iniciar el procedimiento de reintegro de una subvención después de haber aprobado la certificación final sin necesidad de revisar previamente de oficio dicha certificación. comentario a la STS 71/2020 de 14 de enero.

La consideración de que los beneficiarios no tienen derechos late incluso en la propia LGS, pues en su art. 14 se recogen las obligaciones del beneficiario, pero no existe un



elenco de derechos del mismo. Rastreando la Ley sólo puede encontrarse una referencia a un derecho del beneficiario, cuando el art. 34.1 en su inciso final dice que, si surge que el beneficiario deba reintegrar la subvención y esta aún no se hubiera pagado “*se producirá la pérdida del derecho al cobro*”. Es decir, la LGS sólo reconoce expresamente un derecho al beneficiario de subvenciones, pero para decir que lo puede perder.

Hasta aquí ha debido de hacerse una larga argumentación para demostrar algo que debiera ser obvio: los perceptores de subvenciones tienen derechos, no son sujetos pasivos de una potestad graciable.

Y entre esos derechos pueden existir incluso en algunos casos el derecho a conseguir una determinada subvención, aunque no haya sido aun establecida o convocada por la Administración y cuando existen derechos pueden existir controversias y para resolverlas puede aparecer el arbitraje.

III. EL ARBITRAJE EN LAS SUBVENCIONES

LA anterior legislación de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre en su art. 320 y el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en su art. 50) preveía la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surgiesen respecto a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de los entes, organismos y entidades del sector público que no tuvieran el carácter de Administraciones Públicas. La nueva LCSP guarda silencio al respecto, sin embargo *como se ha señalado más arriba, debe considerarse que la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir durante la ejecución de los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración públicas es plenamente admisible.*

En la LGS no existe referencia alguna al arbitraje, por lo que es preciso hacer un estudio de esta norma para determinar la posibilidad de su utilización.

Evidentemente el arbitraje sólo puede plantearse cuando existe una controversia y no puede haber controversia hasta que hay relación jurídica. Va a proceder a estudiarse el procedimiento subvencional para analizar los supuestos en los que pudiera existir derechos, por lo tanto, controversias y por ello posibilidad o no de arbitraje

Se estima que la forma más adecuada para ese estudio es comparar el procedimiento subvencional con el contractual, distinguiendo las tres fases clásicas: preparación, licitación/adjudicación y ejecución.

Los actos de preparación son actos de carácter general, incluso los Planes Estratégicos no generan derecho alguno, por tanto, aun cuando son impugnables, es difícil plantearse que pueda existir arbitraje, teniendo en cuenta que, al ser generales serían un arbitraje que afectaría a una pluralidad indeterminada de sujetos.



Algo similar ocurre en la licitación/adjudicación, sin embargo, aquí hay que tratar de manera especial la concesión directa por convenio, especialmente en el caso de las directas pro estar previstas en presupuestos.

Donde parece que incide con mayor posibilidad de actuación sería en la ejecución. In embargo aquí hay un problema y es que la postead subvencional es una potestad administrativa, se rige por el derecho público.

Así esas fases estarían conformadas en el procedimiento subvencional de la siguiente manera:

- Preparación:
 - Plan estratégico de subvenciones.
 - Bases reguladoras.
- Licitación/adjudicación:
 - Convocatoria y concesión.
 - Convenio.
- Ejecución:
 - Autorizaciones.
 - Justificación.
 - Comprobación.

Permítasenos exponer brevemente el contenido de los actos que forman el procedimiento subvencional.

Los *planes estratégicos* son de difícil caracterización jurídica, pues aunque indudablemente son un acto y no una norma jurídica (al menos tras la promulgación del Reglamento de la LGS, aprobado por el Real Decreto 887/2006 de 21 de julio, en adelante RGS (para la naturaleza jurídica de los planes estratégicos de subvenciones *vid.* Rodríguez Castaño, 2023), se encuentran incardinados procedimentalmente entre dos normas jurídicas, la LGS y su RGS por un lado y las bases reguladoras de cada subvención. Es decir, el plan estratégico, aunque es un acto administrativo condiciona, determina, el contenido de las bases reguladoras, que, al menos formalmente, tienen el carácter de norma reglamentaria.

Para lo que aquí interesa, sépase que un plan estratégico de subvenciones fija, para un periodo de tiempo determinado, los objetivos que pretende conseguir una Administración con su actividad subvencional.

Se pide al lector que retenga ahora una idea sobre la que se volverá: aunque los planes estratégicos pueden determinar que se vaya a establecer una determinada subvención ello no genera un derecho de los posibles interesados a que se establezca una subvención concreta. La, llamémosla Exposición de Motivos pues no tiene denominación alguna, del RGS dice que “(l)os planes estratégicos tienen mero carácter programático” y su art. 12.3º añade que



“(l)os planes estratégicos de subvenciones tienen carácter programático y su contenido no crea derechos ni obligaciones; su efectividad quedará condicionada a la puesta en práctica de las diferentes líneas de subvención, atendiendo entre otros condicionantes a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio”.

Las *bases reguladoras* de una subvención también gozan, o padecen, una insegura naturaleza jurídica, sin embargo, podemos aquí considerar que disciplinan el contenido de una subvención concreta, no la convocan, sino que la regulan y por tanto de las mismas no surge el derecho a solicitar la concesión de una subvención concreta.

Analizados los actos que forman lo que más arriba hemos denominado fase de preparación de las subvenciones (por analogía con el procedimiento contractual) se procede a tratar la fase de concesión, análoga a la licitación/adjudicación en los contratos públicos.

Existen dos *procedimientos para la concesión de subvenciones*, el de concurrencia competitiva y el de concesión directa. Se ha planteado doctrinalmente la existencia de un *tertius genus*, la concurrencia no competitiva, que incluso tiene reconocimiento legal para ciertas subvenciones en el art. 62 Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En los procedimientos concurrenciales existe, o puede existir, una pluralidad de interesados, entre los que la Administración ha de elegir para conceder las correspondientes subvenciones, por lo que, no existiendo controversia entre la Administración y un sólo administrado, es de difícil encaje en el arbitraje.

Situación diferente es la del procedimiento de concesión directa.

La *concesión directa de subvenciones* sólo puede darse en los tres casos recogidos en el art. 22.2 LGS, que son: las subvenciones establecidas nominativamente en los presupuestos generales de la Administración concedente, los supuestos en la que la concesión de la subvención o su cuantía vengán establecidas en una norma de rango legal y los supuestos excepcionales en los que concurren razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras análogas debidamente justificadas.

Se acaba de hablar de procedimiento de concesión directa, en singular, porque así lo hace la LGS en su art. 22 y el capítulo III de su Reglamento General, pero en realidad no existe un procedimiento de concesión directa, sino varios, y ello tiene importantes consecuencias.

El RGS distingue para la concesión directa de subvenciones entre las previstas nominativamente en los presupuestos, las impuestas a la Administración por una norma de rango legal y las que basen su concesión directa en razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública, regulando cada una de ellas respectivamente en los arts. 65, 66 y 67.

El procedimiento para la concesión de las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos, que son aquellas en cuyo objeto, dotación presupuestaria y beneficiario



aparecen determinados expresamente en el estado de gastos del presupuesto de la correspondiente Administración, presenta dos notas de excepcional importancia para el presente capítulo:

- el procedimiento de concesión podrá iniciarse de oficio o a instancia del interesado.
- el procedimiento concluirá bien mediante un acto de concesión o mediante un convenio.

Ambos aspectos se recogen en el párrafo 3 del art. 65 RGS.

Se ha dicho que las dos notas, posibilidad de iniciación a instancia del interesado y posibilidad de terminación convencional, tienen una importancia capital y ello es así porque cuando un interesado tiene un derecho (en este caso el derecho a que se le conceda una subvención) y puede llegar a un acuerdo para conseguir ese derecho (el convenio) existe la posibilidad de que la cuestión se someta a arbitraje.

El procedimiento para la concesión de las subvenciones impuestas a la Administración por una ley será el previsto en esa ley, pero si la misma se remite para su instrumentación a la formalización de un convenio de colaboración entre la entidad concedente y los beneficiarios, será de aplicación al mismo lo dispuesto para la concesión de las subvenciones previstas nominativamente (ap. 3 del art. 66 del RGS).

Las subvenciones directas basadas en causas excepcionales exigen para su concesión, en la Administración del Estado (no es regulación básica), la previa aprobación de un Real Decreto, que tendrá el carácter de bases reguladoras, conforme establece el segundo inciso del ap. 2 del art. 67 del RGS. Ese Real Decreto, cuyo contenido se regula en el art. 28 de la LGS, establecerá el procedimiento de concesión (art. 28.3.d) el cual cabría que implicase la formalización de un convenio.

En conclusión, en las subvenciones de concesión directa, a diferencia de lo que ocurre con las concursionales, la concesión puede partir de un derecho previo del interesado y puede realizarse a través de la formalización de un convenio, ambos aspectos nos avocan a la posibilidad de un arbitraje.

La última fase del procedimiento subvencional sería la equivalente a la ejecución contractual, pero la comparación no puede ser directa, pues las subvenciones son más complejas, pues no se limitan a financiar una actividad que debe realizar el beneficiario, siendo necesario distinguir tres supuestos.

Cuando la subvención se concede en atención a que en el beneficiario concurre una situación, no es preciso que este realice, ejecute, actuación alguna. Así el art. 30.7 LGS no exige otra justificación que la de la concurrencia de la situación.

Cuando la subvención se concede en atención a una actividad ya realizada, la solicitud/concesión se confunden con la justificación/comprobación, con lo que no existe en realidad una fase de ejecución.



Es en las subvenciones que se conceden para la realización de una actividad futura, que son cuantitativamente las mayoritarias, cuando nos encontramos ante una ejecución similar a la contractual.

Antes de abordar la, llamémosla ejecución, de las subvenciones que se conceden para la realización de una actividad, ha de hacerse una reflexión que está más allá de ser terminológica.

En los contratos públicos, el adjudicatario ha de realizar una actividad y la regulación legal se refiere a esa ejecución de manera detallada, tratando el inicio de la ejecución, las vicisitudes que pueden ocurrir durante la misma (suspensión, modificación, revisión de precios), y la conclusión, en la que junto a la terminación normal, consistente en el cumplimiento del contrato por el contratista y su reconocimiento por la recepción de plena conformidad por el órgano de contratación, se prevén varios supuestos de resolución del contrato.

Los supuestos de resolución del contrato están recogidos con carácter general en el art. 211 LCSP, estableciéndose además causas de resolución específicas para cada tipo de contrato en otros preceptos de la Ley.

Se establecen como causas de resolución varios casos de incumplimiento, tanto del contratista como de la Administración (demora en el cumplimiento de sus obligaciones por cualquiera de las partes, incumplimiento de la obligación principal o de las obligaciones esenciales del contrato, impago de los salarios de los trabajadores por parte del contratista) y varios casos de imposibilidad física o legal de ejecutar el contrato (muerte del contratista cuando este es una persona física, declaración de concurso del mismo, imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados).

Nótese que sólo los primeros casos son resolución en sentido estricto, tal y como la regula el art. 1124 Cc, la *exceptio non adimpleti contractus*, basada en el incumplimiento de una de las partes y que los demás supuestos, aunque la LCSP les denomine causas de resolución, son en realidad casos de imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación, causa de extinción de las obligaciones distinta de la resolución y recogida en el 1184 Cc dentro de la regulación de la pérdida de la cosa debida.

La confusión que genera la LCSP al denominar resolución a varios supuestos que no lo son en sentido técnico, se ve incrementado por el hecho de que también se denomina resolución al acto normal de terminación de los procedimientos administrativos, con lo que la Administración dicta una resolución para resolver un contrato, aunque no sea técnicamente una resolución contractual.

Lo expuesto se ha realizado para poner de manifiesto un hecho que se considera de gran importancia: la muy diferente regulación de la ejecución de los contratos administrativos y la de la realización de la actividad subvencionada.

En la legislación subvencional no se regula ni el inicio de la actividad ni sus vicisitudes— más allá de ciertos casos para los que el beneficiario ha de solicitar autorización— como ocurre en determinados supuestos de subcontratación— ni la conclusión de la



misma. La LGS no regula la ejecución de la actividad financiada, sino la imputabilidad a la subvención de los gastos generados por la misma.

Puede apreciarse que después de la regulación de la concesión, la LGS aborda la gestión y justificación de la subvención, haciendo referencia a la subcontratación (única vicisitud de la actividad que es objeto de regulación según se ha dicho *ut supra*), a la justificación de las subvenciones, haciendo especial referencia a los gastos subvencionables y a la comprobación de las subvenciones, como referencia especial a la comprobación de valores.

La LGS no regula la realización de la actividad y por ello no determina ni la posibilidad de suspender la actividad (lo que generó un importante problema durante la emergencia del COVID 19, en la cual se pudo decretar la suspensión de la ejecución de los contratos (Reales-Decretos Leyes 7/2020 de 12 de marzo, 8/2020 de 17 de marzo y 9/2020 de 27 de marzo), pero no de las actividades subvencionadas, respecto a las cuales lo único que pudo hacerse fue que el art. 54 RDL 11/2020 de 31 de marzo, permitió modificar las órdenes y resoluciones de convocatoria y concesión (y los convenios de conexión en las directas) de subvenciones y ayudas públicas, para ampliar los plazos de ejecución de la actividad subvencionada y, en su caso, de justificación y comprobación de dicha ejecución, solución totalmente insuficiente al no tomar en consideración que la ampliación del plazo de nada sirve en aquellos casos en que la actividad no puede realizarse aunque se amplíe el plazo), ni la de que la actividad se torne de imposible ejecución.

Tanto la LGS, en su art. 19.4, como su Reglamento en el art. 86, regulan la posibilidad de que la resolución de concesión de una subvención pueda ser modificada, pero para ello es preciso que dicha posibilidad se haya previsto de manera concreta en las bases reguladoras de la subvención en la forma establecida en el art. 17.3.1) LGS.

Respecto a esta última cuestión, más arriba se ha dicho que el art. 211 LCSP regula supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación y también que remite a otros preceptos la regulación de casos especiales de resolución para cada tipo de contrato y concretamente el art. 239 regula como causa de extinción del contrato de obras la fuerza mayor. Nada de esto está previsto para las subvenciones.

Una causa de resolución de los contratos que debe tratarse ahora es el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista (art. 211.1.c) LCSP). Además de su enunciación, la regulación del mutuo acuerdo para resolver un contrato, en realidad muto disenso, se encuentra en el art. 212.4 respecto a la aplicación de las causas de resolución que dice que

“(l)a resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”

y el art. 213.1º que respecto a los efectos de la resolución de los contratos el cual dice que

“(c)uando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas”.



En conclusión, la legislación subvencional no regula las vicisitudes que puede sufrir durante su realización la actividad financiada ni contempla consecuencia alguna para el caso de imposibilidad sobrevenida de la misma. Con el resultado de que las consecuencias de todo lo que suponga que la actividad no se realice tal y como se estableció en la resolución de concesión, e incluso de que no pueda realizarse, recaiga sobre el beneficiario, que ha de devolver la subvención con los correspondientes intereses de demora. Otro ejemplo de la carencia de derechos del beneficiario, que ha de soportar cualquier avatar que surja durante la ejecución de la actividad, aunque dicha actividad beneficie a la Administración.

Después de observar que la LGS no regula en sí la ejecución de la actividad ha de entrarse en los aspectos que sí regula: la justificación de la realización de la actividad y sus gastos y la comprobación de ambos extremos. Es preciso tratar estas cuestiones pues es donde puede intentar encontrarse un campo en el que el arbitraje tenga un ámbito donde cumplir su función.

La justificación de la actividad y del gasto corresponden al beneficiario, regulando la LGS la forma de realizarla (se prevén varias modalidades en el art. 30 de la LGS desarrollado por los arts. 69 a 82 RGS) y los requisitos de los gastos financiables, es decir admisibles (art. 31 LGS). Aquí no existe una actividad relacional entre el beneficiario y la Administración concedente.

Donde sí aparece actuación que implica al beneficiario y a la Administraciones es en la comprobación por esta de la corrección de la realización de la actividad financiada y de los gastos imputados a la misma.

La comprobación es una actividad que ha de realizar el órgano concedente de la subvención y que está regulada en los arts. 32 y 33 LGS y 84 a 87 de su Reglamento y que tiene por objeto verificar la correcta realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención.

Prescindiendo de aspectos procedimentales, en la comprobación de la subvención (no va a tratarse aquí el control financiero de subvenciones, actividad análoga a la inspección tributaria, en la que se basa su regulación, pero en la que también se realiza una suerte de comprobación de la subvención), pueden apreciarse dos objetos:

- Comprobación formal de la documentación.
- Comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad de la subvención.

La comprobación meramente formal está prevista para aquellos casos, muy numerosos en teoría y muy poco numerosos en la práctica, en los que la subvención es postpagable, es decir la subvención se concede para que el beneficiario realice una actividad y no se le abona hasta que justifique haberla realizado, por ello se prevé una primera comprobación, la formal, en la que solamente se revisa la explicación (memoria, clasificación de los gastos, ...) elaborada por el beneficiario, para poder proceder a realizar el pago y posteriormente se comprobarán los documentos con valor probatorio de la efectividad del gasto y de la actividad.



La comprobación material incide, debería incidir, en dos aspectos: la efectiva realización del gasto que ha de financiarse y la adecuada realización de la actividad financiada. Sin embargo, en la práctica se limita a la comprobación del gasto, pues la actividad suele estar definida mediante la realización de ciertos gastos y no desgraciadamente mediante el señalamiento de hitos y la consecución de objetivos.

Y en la comprobación de los gastos se refiere a tres aspectos:

- Si el gasto es financiable o en terminología europea elegible, es decir si el gasto es adecuado para la realización de la actividad financiada. Lo que no suele plantear mucho problema pues ya se ha señalado que los gastos suelen estar claramente definidos, pues precisamente a través de su definición se define la actividad. E incluso doblemente definidos, ya que la LGS determina cuales son los gastos subvencionables y se concretan en la concesión de la subvención.
- Que el gasto haya cumplido los requisitos formales que le son exigibles que son haberse contraído dentro del periodo de realización de la actividad y haberse abonado efectivamente antes de presentar la justificación de la actividad (el plazo de justificación, como regla general, se extiende a los tres meses posteriores al de realización de la actividad).
- Que el gasto no supere el valor de mercado.

En la comprobación de las subvenciones pueden surgir discrepancias entre la Administración y el beneficiario y en algún caso la Ley prevé la forma de resolver la controversia, es el supuesto de la aplicación de la tasación pericial contradictoria si no hay acuerdo sobre si un gasto es conforme al valor de mercado.

Va a tratarse en primer lugar este supuesto pues es el único en el que la Ley prevé la intervención de un tercero, aunque no sea estrictamente un caso de arbitraje para abordar después casos en los que de *lege ferenda* cabe plantear la virtualidad del arbitraje.

La regulación legal de la tasación pericial contradictoria, recogida en el art. 33 LGS y en el 87 de su Reglamento, para lo que aquí interesa, establece que el beneficiario puede promover la tasación pericial contradictoria si está disconforme con el valor atribuido por la Administración al comprobar un gasto, y si la diferencia entre el valor comprobado por la Administración y la tasación practicada por el perito del beneficiario es inferior a 120.000 euros y al 10 por ciento del valor comprobado por la Administración, la tasación del perito del beneficiario será la que determine valor del gasto, pero fuera de estos límites debe designarse un perito tercero y la valoración de este será la que determine el valor del gasto.

Puede apreciarse que la regulación de la tasación pericial contradictoria, tomada de la regulación del procedimiento de gestión tributaria, prevé, como se ha dicho, que el contenido de la resolución que dicte la Administración puede venir determinado por un tercero ajeno a la propia Administración.

A modo de conclusión puede anticiparse que en los actos preparatorios de una subvención no existen derechos subjetivos de los posibles beneficiario por lo que no existe materia susceptible de ser sometida a arbitraje; que en el procedimiento de concesión



existen supuestos en los que el procedimiento puede concluir mediante convenio, caso en el que los derechos de las partes, Administración concedente e interesado con derecho a obtener la subvención, serían susceptibles de someterse a arbitraje; y por último en la comprobación de la ejecución de la actividad subvencionada y el gasto imputado a la misma cabría plantearse, tal vez mas de lege ferenda, que la corrección de la actividad y el gasto imputado podría ser susceptible de determinarse pro acuerdo de las partes y por lo tanto de poder ser sometido a arbitraje.

IV. LAS AYUDAS

MUY poco puede decirse de las ayudas, con carácter general, no sólo de su posible relación con el arbitraje, sino incluso de su naturaleza. Las ayudas sólo pueden definirse de manera negativa. Más arriba se ha dicho que la LGS define las subvenciones de manera formal y que no define a las ayudas en forma alguna. Pues bien, si aceptamos un concepto general, casi genérico, de ayuda como aportación económica sin contraprestación, o con contraprestación de inferior valor a la aportación, y dentro de ese concepto general serían subvenciones las que reúnan los requisitos del art. 2.2º LGS, ayudas serían todas las demás, cualesquiera otras.

Así en las ayudas se integrarían las aportaciones de servicios, las cesiones de uso y hasta las entregas de dinero que no reúnan los citados requisitos de las subvenciones.

Dado que no es posible dar un concepto más que aproximado de ayuda, tampoco es posible determinar su régimen jurídico. Lo único que cabe decir es que la atribución de una ventaja económica ha de tener una cobertura legal y en la norma que la autorice se establecerá un régimen legal, aunque sea exiguo y en ese régimen, podrían establecerse supuestos de sumisión a arbitraje y aunque no se estableciesen, en lo dicho régimen jurídico coincidiera con el subvencional, será aplicable lo expuesto en el apartado anterior de ese capítulo.

V. CONCLUSIONES

DEL actual régimen jurídico de las subvenciones y ayudas cabe concluir lo siguiente:

- en principio la actividad subvencional implica el ejercicio de una potestad administrativa lo que supone ser una materia que no es de libre disposición, sin embargo hay casos en los que el régimen jurídico del ejercicio de la potestad permite una terminación convencional del procedimiento, en los cuales sí cabría la sumisión a arbitraje.
- hay casos en los que la actividad subvencional puede considerarse que no implica el ejercicio de potestades administrativas, o que implicándolo, los derechos



derivados de ese ejercicio no se integran en la Hacienda Pública, pues el ente “subvencionante” no es un ente de naturaleza administrativa y por tanto sus derechos derivados del procedimiento subvencional son susceptibles de sumisión a arbitraje.

- en el procedimiento subvencional ordinario se dan casos, según lo expuesto en este capítulo, en los que cabe plantearse la posibilidad de sumisión a arbitraje.
- en las ayudas, había cuenta de su indefinición general, la sumisión a arbitraje supondría aplicar, en lo aplicable, lo expuesto para las subvenciones.
- de *lege ferenda* debe exigirse la muy necesaria reforma de la LGS, que a su defectuosa técnica legislativa une el paso de dos décadas, debe partirse de que los beneficiarios de subvenciones son partes en una relación jurídica que ostenta derechos (y no sólo los derechos procedimentales propios de los interesados los procedimientos administrativos), y que como tales debe plantearse la posibilidad de prever legalmente supuestos de sumisión a arbitraje para resolver ciertas cuestiones, especialmente las relativas a la realización de la actividad financiada por la subvención y los gastos imputables a la misma, pues resulta más conveniente para los intereses públicos una razonable realización de la actividad que la aplicación estricta de una norma con lo que esto puede suponer de gasto de recursos públicos y de tratamiento injusto para los beneficiarios.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ FARRERES, G. *et al.*, *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2009.
- DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA, J., *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de subvenciones*. Valladolid, Lex Nova, 2004.
- FUENTES ESCRIBANO, S. y RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R. (coords), *Manual de Auditoría Pública*, Lex Nova Thomson Reuters. 2013.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*. 6ª edición. BOE. Madrid. 2016.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las subvenciones públicas. Legislación comentada, formularios y procedimientos*. 3ª ed., Madrid, BOE, 2017.
- RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., *La administración de fondos públicos y su patología*, colección Los Diez Esenciales de Aranzadi, Aranzadi 2023.
- RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R. *et al.*, *Guía Práctica De Subvenciones y Ayudas Públicas*, Aranzadi, 2021.



Funciones arbitrales de Derecho privado de la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

CON fecha 21 de febrero de 2024, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) sometió a un segundo trámite de información pública la *propuesta de Reglamento de arbitraje* de dicho organismo.

Tras dicho trámite y sin haber sufrido modificaciones importantes, con fecha 21 de junio de 2024, el Pleno del Consejo de la CNMC ha procedido a la aprobación del Reglamento de Arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, “el Reglamento”).

El Reglamento trae causa de los Planes Estratégico y de Actuación de la CNMC, en los que se habría incluido la elaboración de un Reglamento de Arbitraje que desarrolle las funciones que, en materia de arbitraje privado, se atribuyen a la CNMC por su normativa reguladora.

Este tipo de funciones no son novedosas, pues estaban ya previstas en su momento en relación con las extintas Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Sector Postal.

El art. 24.f) de la redacción original de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, atribuía a la entonces denominada Comisión Nacional de la Competencia, la de

“realizar las funciones de arbitraje, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquéllas que le encomienden las leyes”.

El Reglamento de Defensa de la Competencia de 2008 desarrolló esta previsión, aprobando un procedimiento para el ejercicio de estas funciones.



Similares determinaciones encontrábamos en la d.a.11ª Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos (que reconocía estas funciones a la Comisión Nacional de Energía), en el art. 1 Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones (atribuyéndolas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) y en el art. 20 Ley 23/2007, de 8 de octubre, de Creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.

En la actualidad, las funciones de la CNMC en materia de arbitraje privado están reconocidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de dicho organismo (LCNMC), y están desarrolladas en su Estatuto Orgánico, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

El Reglamento de arbitraje de la CNMC aprobado el 21 de junio de 2024 tiene por objeto desarrollar, desde el punto de vista procedimental, estas funciones de la CNMC.

II. HABILITACIÓN LEGAL DE LA FUNCIÓN ARBITRAL DE LA CNMC

EL art. 55.1º.b) LCNMC,

“para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”,

reconoce a dicha Comisión, entre otras, la competencia para

“realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos”.

En el citado precepto se señala específicamente que “*el ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público*” y que el procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

El art. 14.1º de misma LCNMC atribuye al Consejo la condición de “*órgano colegiado de decisión*” en relación con

“las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar”.

Esta misma competencia se reitera en el art. 20 de la Ley.

El Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC (“EOCNMC”), atribuye en su art. 11 a la Asesoría Jurídica de la CNMC (dependiente del Secretario del Consejo) la competencia para *tramitar* estos procedimientos arbitrales y dedica su Capítulo V, integrado por el art. 46, a la “*función arbitral*” de la CNMC.



Según este art. 46 EOCNMC:

“Art. 46. Función arbitral. 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

2. El procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También podrá preverse la existencia de un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía.

3. Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo”.

Esta es la parca regulación que del procedimiento arbitral contiene el EOCNMC. El resto, pese a que la LCNMC ordena que se lleve a cabo por Real Decreto, se ha llevado a cabo en realidad en el recién aprobado Reglamento de procedimiento aprobado por el Consejo de la CNMC.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y VALORACIÓN INICIAL DE LA FIGURA

LOS preceptos que acabamos de transcribir configuran unas funciones de la CNMC de unos contornos y contenido poco claros que, además, resultan naturalmente extrañas al ámbito de actuación ordinario de un organismo como la CNMC. Lo veremos posteriormente.

Por mucho que estas “funciones arbitrales” se deban restringir al ámbito de los fines generales que justifican la creación y existencia de la CNMC (art. 1 Ley 3/2013), es decir, al ámbito del derecho de la competencia o de los sectores sometidos a regulación por la CNMC, dichas funciones no dejan de resultar extrañas a este organismo, dado que ni la CNMC es naturalmente una institución arbitral, ni en la esencia del arbitraje privado está someter la resolución de las controversias arbitrables a la decisión de un organismo público, sino más bien al contrario.

De hecho, lo que ha sido una cuestión relativamente problemática y discutida en el ámbito del arbitraje privado, ha sido precisamente la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con el ámbito del Derecho de la competencia, en las que han de aplicarse normas imperativas, estatales o de la Unión Europea. Sobre esta posibilidad, puede citarse por ejemplo la STSJ Madrid CP 1ª, nº 22/2022, de 31 mayo de 2022.

Existiendo esta polémica, que luego analizaremos, resulta paradójico que precisamente en este ámbito se prevea y casi se fomente la intervención de la CNMC para resolver este tipo de controversias por la vía del arbitraje.



En cualquier caso, a nuestro juicio, salvo por el carácter gratuito (como veremos) del procedimiento arbitral a tramitar ante la CNMC y, a lo sumo, por la especialización del órgano llamado a resolver, no terminamos de ver la razón que puede llevar a las partes a someter a arbitraje una controversia de tipo privado, entregando la decisión de esta a un organismo público en principio ajeno a este tipo de funciones. A nuestro juicio, ni siquiera las mencionadas “ventajas” justificarían esta opción y, por lo que parece, la experiencia así lo demuestra.

Sí podría haber tenido cierta utilidad atribuir funciones de mediación a la CNMC, lo que pasaría por una reforma legal, ya que la vigente Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en su art. 11 únicamente permite que sean mediadores las personas naturales.

IV. APLICACIÓN PRÁCTICA Y DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS FUNCIONES ARBITRALES DE LA CNMC

SI estamos a la definición de las funciones arbitrales de la CNMC que encontramos en la Ley de creación de este organismo y en su Estatuto Orgánico, los contornos de estas estas funciones son muy difusos.

Si bien es cierto que en determinados preceptos parece que se hace referencia a “*funciones decisorias*” del Consejo de la CNMC en materia arbitral (art. 14.1º LCNMC), no lo es menos que en otros se hace referencia a arbitraje “institucional” o a funciones de “administración” del arbitraje (art. 46.1º y 3 EOCNMC) y no es claro que se le estén atribuyendo ambas funciones.

En la práctica, la actividad arbitral de Derecho privado de la CNMC ha sido escasa y se ha producido fundamentalmente al hilo de determinados compromisos adquiridos por un operador de telecomunicaciones como consecuencia de la autorización por la CNMC de una concreta operación de concentración. Entre dichos compromisos estaba el de someterse a arbitraje para la resolución de determinados conflictos, contractuales o extra-contractuales, que pudieran producirse con terceros al aplicar otra serie de compromisos derivados de la autorización de la operación. El sometimiento a arbitraje era obligatorio para el operador autorizado y voluntario para los terceros con los que pudiera surgir esa controversia.

En el primero de estos arbitrajes, iniciado voluntariamente por otro operador de telecomunicaciones contra el operador obligado a someterse al arbitraje de la CNMC, se produjo una polémica en relación con el alcance de las funciones arbitrales de este organismo. La polémica terminó siendo resuelta por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 77/2016, de 20 de diciembre de 2016, dictada en la acción de anulación iniciada contra el laudo que dictó la CNMC en dicho asunto.



En la citada acción de anulación, al margen de otras cuestiones que no viene al caso analizar ahora, se plantearon básicamente dos cuestiones:

- i) Si en el procedimiento de designación de árbitros se había respetado la voluntad de las partes. A juicio del demandante de anulación, no era así, pues en la voluntad de las partes no estaba atribuir facultades decisoras a la CNMC sino únicamente facultades de administración del arbitraje. Entendía, por tanto, que concurría la causa de anulación del art. 41.1º.d) Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, en adelante, “LA”).
- ii) Si se había vulnerado el principio de imparcialidad en la designación de árbitros y, con ello, el orden público (art. 41.1º.f) LA). Ello, al entender el demandante que la función decisoria arbitral se desempeña por el Consejo de la CNMC con relación a un conflicto que surge de un previo acto administrativo dictado por dicho órgano, del que derivan las obligaciones que están en el origen de la controversia arbitral. De igual forma, se alegaba la vulneración del principio de imparcialidad por la intensa relación extraprocesal que mantiene la CNMC con las partes en el arbitraje.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó la acción de anulación, entendiendo que no concurrían las dos causas de anulación del laudo mencionadas.

En lo que se refiere a la primera de las causas de anulación expuestas, es decir, la controversia sobre si las funciones de la CNMC deben limitarse a las de administración del arbitraje y nombramiento de árbitros o si, por el contrario, el Consejo de la CNMC puede tener funciones decisorias en estos arbitrajes, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid acoge totalmente los argumentos contenidos en el laudo dictado por el Consejo de la CNMC, rechazando la concurrencia del motivo de anulación.

En el laudo dictado, cuya argumentación hace suya el Tribunal Superior de Justicia, se señalaba al respecto que, tanto los arts. 14 y 20 LCNMC, al igual que el art. 58 EOC-NMC, atribuyen al Consejo competencias “resolutorias” o “decisorias” en relación, entre otras, con las funciones arbitrales de la CNMC y que, por tanto, no cabía entender que la función del Consejo de la CNMC fuera simplemente de administración del arbitraje.

La STSJ CP 1ª 20 de diciembre de 2016 (Sentencia n.º 77/2016), en su Fundamento de Derecho Tercero, señala lo siguiente:

“La Sala coincide plenamente con estos argumentos para desestimar el motivo de anulación ahora examinado.

No existe la menor duda de que la normativa expuesta reconoce a la CNMC el desempeño de una función arbitral propiamente dicha, esto es, la tarea de dirimir como árbitro, de derecho o de equidad, las controversias que se le sometan. Ningún sentido tendría circunscribir ese cometido legal a la mera administración del arbitraje cuando se predica la función de la Comisión en referencia a la actividad de enjuiciamiento propiamente dicha, “en Derecho o en equidad”, que sería del todo innecesaria para aludir a un mero cometido de administración del arbitraje. A lo que se ha de añadir que, como queda dicho, los arts. 14 y 20 LCNMC y el art. 8 de su Estatuto Orgánico abiertamente afirman la competencia del Consejo como “órgano colegiado de decisión” en relación con las funciones de arbitraje.



Y ello sin perjuicio de que la propia CNMC esté específicamente habilitada, como tal entidad, para gestionar los arbitrajes que se le encomienden -art. 46.3 EO-, estando atribuida a la Asesoría Jurídica la tramitación de los procedimientos arbitrales [art. 11.2.c) EO].

En segundo término, la interpretación literal del convenio que efectúa la CNMC es perfectamente razonable: ejercer como “órgano arbitral”, sin más aditamentos y restricciones, no tiene por qué ser entendido -y máxime en el contexto normativo expresado- como la mera encomienda de la gestión del arbitraje.

Pero es más -a mayor abundamiento lo decimos-: aunque únicamente se hubiese encomendado la administración del arbitraje, nada impediría -ni contravendría el convenio-, vistas la funciones que legalmente ostenta el Consejo de la CNMC, que éste, en el cometido que le asiste como institución también llamada a administrar los arbitrajes que se le confieren, nombrase como árbitros a los integrantes de su Sala de Competencia. Y es que, en el fondo, el motivo, tal y como se construye, ignora la virtualidad y trascendencia de una sumisión a arbitraje institucional (...)

No vamos a hacer una crítica de los argumentos de la sentencia transcrita, pese a que discrepamos claramente de algunos de ellos. Lo único cierto a día de hoy es que la opinión de la Sala encargada de conocer de una hipotética acción de anulación contra un laudo dictado por el Consejo de la CNMC es la ya expuesta: el Consejo de la CNMC puede actuar como árbitro en estos arbitrajes de Derecho privado, no limitando su función a la de mera administración del arbitraje.

De hecho, en otras dos sentencias posteriores dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a raíz de otras dos acciones de anulación promovidas por el mismo operador de telecomunicaciones (Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal n.º 2/2019 de 16 de enero de 2019 y 14/2022 de 19 de abril de 2022), estas cuestiones no se planteaban ya como motivos de anulación.

En cualquier caso, el recorrido a efectos prácticos de esta doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es relativamente corto. Así, si el arbitraje nace de la pura voluntad concurrente de dos operadores que firmen una cláusula arbitral sometiendo sus controversias a arbitraje ante la CNMC, es de presumir que ya se encargarán estos de aclarar suficientemente si lo que están otorgando a dicho organismo es la facultad de administrar el arbitraje o bien la de administrarlo y resolverlo. Así, o ambas partes están de acuerdo en estos puntos o no habrá cláusula arbitral. La misma claridad encontraremos, es de suponer, si la sumisión a arbitraje de la CNMC tiene su origen en futuras condiciones que este organismo imponga en operaciones de concentración (al igual que ocurrió en el caso resuelto en la Sentencia de 20 de diciembre de 2016 y las otras dos posteriores ya citadas), ya que, a la vista de esta polémica, es de suponer que se dejará clara la cuestión y no habrá lugar a dudas.



V. MODELO PREVISTO EN EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNMC

ESTA indefinición sobre las funciones arbitrales de carácter privado atribuidas a la CNMC es resuelta en el Reglamento de arbitraje de la CNMC, que ha optado por admitir las dos posibilidades: que la CNMC actúe como mera entidad administradora del arbitraje (incluyendo la designación de árbitros) o bien como órgano decisorio, como Tribunal Arbitral.

Según el Preámbulo, todo ello se hace con el objetivo de fomentar el uso de este mecanismo de resolución de controversias entre operadores económicos y dado que la práctica arbitral en el seno de la CNMC desde el año 2013 ha evidenciado la necesidad de elaborar y aprobar un reglamento que rijan el procedimiento arbitral y dote de una mayor transparencia y predictibilidad a la institución del arbitraje.

Lo cierto, sin embargo, es que tal y como reconoció la CNMC en la Nota informativa por la que sometió a información pública por segunda vez el proyecto de reglamento sobre funciones arbitrales, la práctica arbitral en el seno de la CNMC desde su creación en 2013 ha sido “escasa”. En concreto, desde entonces, la CNMC únicamente ha tramitado once arbitrajes, de los cuales nueve respondían a los compromisos asumidos en el seno de la operación de concentración que antes hemos comentado, es decir, eran obligatorios para una de las partes (aquella que vio autorizada la operación de concentración por la CNMC). Únicamente otros dos arbitrajes, desde 2013, habrían respondido a la pura voluntad de las partes, que habrían sometido a la resolución de la CNMC “diversas controversias contractuales de distintos operadores del sector energético”.

Por tanto, los datos evidencian que no existe, aparentemente, una demanda de los operadores económicos, en los sectores supervisados por la CNMC, para que este organismo arbitre en las controversias privadas entre dichos operadores. Al contrario, bien podría pensarse que existe casi un recelo a que la CNMC lleve a cabo estas funciones.

Si tenemos en cuenta que nueve de los once arbitrajes eran obligatorios para una de las partes en la controversia (para el operador que vio autorizada la operación de concentración u “operador autorizado”), que tres de estos arbitrajes terminaron en acción de anulación (a instancias del “operador autorizado”, que no estaba de acuerdo con el procedimiento arbitral seguido) y que, por el contrario, en esas nueve ocasiones, otros operadores competidores del “autorizado” sí accedieron a someterse voluntariamente al arbitraje de la CNMC, todo parece indicar que existía una total asimetría entre las partes en el arbitraje, existiendo un recelo por una de ellas (la que ve autorizada su operación, pero con condiciones impuestas por el supervisor) y, seguramente, una mayor afinidad hacia la CNMC en las contrapartes en el arbitraje, que renunciaron a la vía normal de resolución de conflictos (la jurisdicción ordinaria o, a lo sumo, un procedimiento arbitral “al uso”) para someterse a la resolución del organismo público que ha autorizado la operación de concentración con condiciones.

En este punto, no podemos sino coincidir con los argumentos de la demandante de anulación en el procedimiento resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 20 de diciembre de 2016. No puede considerarse que se respete la idea



de independencia e imparcialidad exigida para el nombramiento de árbitros cuando la función arbitral se desempeña por el Consejo de la CNMC respecto de un conflicto que surge de un previo acto administrativo dictado por dicho órgano administrativo, pudiendo apreciarse —alegaba la parte—.

“una colusión de intereses, comprometedora de la debida neutralidad para resolver el arbitraje, entre la actividad de Derecho Público del Consejo CNMC (como organismo regulador dotado de imperium en su función de ordenación del mercado) y su quehacer de Derecho privado (administrar el arbitraje), si éste se concibe como la facultad de dirimir el conflicto, dada la constante e intensa relación extra-procesal que mantiene con la partes y, en particular, en el caso concreto, dado que el Consejo de la CNMC es el autor del acto administrativo del que derivan las obligaciones que están en el origen de la controversia arbitral”.

No queremos afirmar, desde luego, que la CNMC haya actuado o pueda actuar de manera parcial en estos conflictos. Lo que queremos decir es que, existiendo esa previa relación del “Árbitro” con la controversia y con las partes, es muy complicado entender —parafraseando a las Directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional (2024) o “Reglas IBA”— que, a los ojos de “*una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto*”, tales circunstancias no darían lugar a “*dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro*”. Visto de otra forma, más práctica, en nuestra opinión cualquier Corte de Arbitraje regida por los usos comúnmente aceptados en arbitraje, difícilmente confirmaría a un árbitro que tuviera una relación de ese tipo con el objeto y con una de las partes en el arbitraje (*vid*, por ejemplo, la regla 2.1 del listado “rojo renunciante” de las Reglas IBA —relación del árbitro con el litigio— o la regla 3.3.5 del listado “naranja”).

Por otra parte, apreciamos, efectivamente, potenciales conflictos entre la actividad de Derecho Público de la CNMC y la que se le pueda encomendar como órgano arbitral de Derecho privado, tanto en su papel de mera entidad administradora del arbitraje como, desde luego, si se le atribuye la facultad de resolver. El hecho de que la CNMC haya intervenido, directa o indirectamente, en la controversia que se le somete a resolución, puede llevar a evidentes conflictos.

Adicionalmente, recordemos que conforme al art. 24.2º LA,

“los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de que la CNMC (como “institución arbitral” o como “árbitro”) tenga acceso a información en el arbitraje que pueda fundamentar el inicio de un procedimiento sancionador contra una de las partes. ¿Cómo podrá actuar en este caso? ¿Ha de renunciar a abrir ese procedimiento? ¿Está legitimada para hacer tabla rasa de la obligación de confidencialidad del art. 24.1º LA? Ninguna de las dos opciones tiene sentido.

No vemos, por otra parte, una utilidad derivada de la intervención de la CNMC en este tipo de arbitrajes (ya sea como mera administradora del arbitraje, ya sea resolviendo) que llegue a compensar los importantes problemas prácticos que esa misma intervención plantea. Ni siquiera la posible especialización de la CNMC otorga, a nuestro juicio, una



ventaja sustancial, ya que es perfectamente posible encontrar una especialización similar mediante una adecuada selección del perfil del árbitro.

VI. REGULACIÓN DEL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNMC

SIN entrar en un análisis o crítica detallada de todo el Reglamento, sí queremos hacer una referencia general a determinados aspectos o previsiones de este, dejando a un lado aquellos ya comentados en apartados anteriores de este trabajo.

1. Ámbito de aplicación. Materia arbitrable

Esta cuestión se regula en los arts. 1 y 2 del Reglamento. Como ya hemos dicho anteriormente, son susceptibles de arbitraje —siempre que hablemos de materias de libre disposición por las partes— por la CNMC todas aquellas controversias entre operadores económicos que sean sometidas voluntariamente al arbitraje de dicho organismo, y que guarden relación con el derecho de la competencia o con los sectores sometidos a regulación o supervisión por la CNMC conforme a la LCNMC.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid reconoce (*vid.* la antes mencionada Sentencia de 31 mayo de 2022, que acoge en este sentido el razonamiento del laudo que venía a confirmar) que

“el respeto al ejercicio de las potestades públicas sobre las materias relacionadas con el derecho de la competencia no excluye que en un arbitraje, sin invadir el ámbito de ejercicio de las potestades disciplinarias y regulatorias, se puedan presentar y haya que analizar, contemplar y, en su caso, resolver, cuestiones de derecho civil o mercantil implicadas o derivadas de conductas contractuales que, respetando plenamente los límites de lo público, integren un conflicto sometido a arbitraje. En tales términos, la potestad de los árbitros para aplicar las normas imperativas de Derecho de la competencia en el seno de disputas contractuales cubiertas por el convenio arbitral resulta a estas alturas incontrovertible”.

2. “Órgano arbitral” y órgano encargado de tramitar el procedimiento. Lugar e idioma del arbitraje.

A) Órgano arbitral

Según el art. 55 del Reglamento, con carácter general corresponderá al Consejo de la CNMC la función de “órgano colegiado de decisión” en relación con las funciones de arbitraje. Con todo lo que ello implica, se elimina la conformación normal, en arbitraje, del



tribunal arbitral (árbitro único o tribunal arbitral), para sustituirlo, impersonalizándolo, por un órgano colegiado, en el que se diluye el perfil de sus componentes. Recordemos, además, que conforme al art. 15.1º LCNMC, los miembros del Consejo de la CNMC ni siquiera tienen por qué ser juristas, sino simplemente “*personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión*”.

La posibilidad de que sea un órgano y no un árbitro o tribunal arbitral quien resuelva la controversia sometida a arbitraje es totalmente contraria al esquema normal de nuestra Ley de Arbitraje, que únicamente permite que sean árbitros las personas físicas (art. 13 LA) y no las instituciones arbitrales, las personas jurídicas o los órganos de estas. La Ley de Arbitraje exige también que el tribunal arbitral esté conformado por un número impar de miembros (art. 12 LA), cuando, como veremos, el Pleno del Consejo de la CNMC está compuesto por un número par de miembros. Por último, en los arbitrajes de Derecho el art. 15.1º LA exige que al menos uno de los miembros del tribunal arbitral tenga la condición de jurista y, si bien es cierto que lo lógico será que exista al menos un jurista en el Pleno de la CNMC, podría teóricamente no ser así.

Pues bien, según la LCNMC, también para el ejercicio de las funciones arbitrales de la CNMC el Consejo puede actuar en Pleno (compuesto por diez miembros) o en Salas: la Sala de Competencia y la Sala de Supervisión Regulatoria, cada una de ellas, compuesta por cinco miembros del Consejo.

Para distribuir las competencias decisorias en materia arbitral, el Reglamento se remite a la misma distribución de materias que hace el art. 21 LCNMC.

Según el art. 21.2º LCNMC, la Sala de Competencia conocerá de las cuestiones que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados. Por su parte, la Sala de Supervisión regulatoria conocerá de en los procedimientos que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los arts. 6 a 11 LCNMC, es decir, comunicaciones electrónicas, electricidad y gas, mercado postal, comunicación audiovisual, tarifas aeroportuarias y sector ferroviario.

No obstante, existe la posibilidad también, previo acuerdo de las partes, de que la CNMC no actúe como “órgano de decisión” sino simplemente con funciones de administración del arbitraje y designación de árbitros.

El Reglamento es excesivamente parco a la hora de regular la designación de los árbitros, limitándose prácticamente a remitirse a lo previsto en la LA (arts. 14 y 15) que, como sabemos, no es mucho.

De esta forma, el nombramiento del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral (si no se han puesto de acuerdo los árbitros designados por las partes), se llevará a cabo aparentemente por el Consejo de la CNMC, sin más que confeccionar “*una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado*” para, después, proceder a un sorteo. Para confeccionar la lista, la Ley de Arbitraje establece únicamente unas reglas muy generales, como es tener en cuenta al confeccionarla “*los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro*”, tomar las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso,



a la de los árbitros ya designados y, por último, proceder al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.

Parece evidente que, con estas escasas reglas, no se ofrecen demasiadas garantías a las partes sobre el proceso de designación de los árbitros, lo que, de nuevo, desincentivará acudir a la CNMC para actuar como organismo administrador del arbitraje. Perfectamente se podría haber establecido en el Reglamento un procedimiento de listas en el que se diera una mayor intervención a las partes en el nombramiento.

B) Órgano encargado de la tramitación del procedimiento arbitral

Según al art. 55.3º del Reglamento, en los casos en los que el Consejo de la CNMC asume funciones decisorias en el arbitraje, corresponderá a la Asesoría Jurídica de la CNMC la competencia para *“tramitar el procedimiento”*.

En los casos, en los que la CNMC se limita a administrar el arbitraje, señala el art. 29.4º del Reglamento que las partes pueden prever que sean los árbitros designados quienes tramiten el procedimiento. Parece que en este caso sí se da prevalencia a la voluntad de las partes para definir el procedimiento aplicable.

C) Lugar e idioma del arbitraje

El art. 55.4º del Reglamento establece que el lugar del arbitraje *“serán las oficinas de la CNMC, según se determine en el Acuerdo de inicio previsto en el art. 11”* del Reglamento. Añade que el idioma del arbitraje será el castellano.

En relación, tanto con el lugar del arbitraje como con el idioma del arbitraje, es muy criticable que no se dejen ambas cuestiones a la voluntad de las partes, plasmada normalmente en la cláusula arbitral, tal y como es usual y lógico (arts. 26.1 y 28.1º LA). Efectivamente, el citado art. 5 del Reglamento no parece dejar margen a la voluntad de las partes en este punto.

Hay que recordar que la elección del lugar del arbitraje determina elementos tan importantes como la competencia del órgano judicial que conocerá de la acción de anulación contra el laudo que se dicte o, en general, la del órgano judicial ante el que instar las funciones de apoyo y control al arbitraje.

El lugar del arbitraje queda en el Reglamento, además, totalmente indeterminado, ya que se dice que serán *“las oficinas de la CNMC”*, olvidando que la CNMC (art. 2 LCNMC y EOCNMC) tiene dos sedes, una principal en Madrid y otra secundaria en Barcelona. No parece razonable dejar una decisión tan importante, en cada caso concreto, a la libre voluntad —sin criterio definido alguno— del Consejo de la CNMC plasmada en *“Acuerdo de inicio del procedimiento”* (art. 11 del Reglamento), ya que esta elección discrecional de la CNMC determinará, por ejemplo, si de una posible acción de anulación conoce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid o el de Barcelona.



Además, utilizando un término poco técnico como el de “oficinas” (en lugar del de “sede”), parece que lo que se está regulando es más el lugar de las actuaciones arbitrales que el lugar del arbitraje como tal. El Reglamento parece confundir ambos conceptos, pese a que como es sabido la determinación (normalmente, por las partes en la cláusula arbitral) del lugar del arbitraje no obsta a que posteriormente el tribunal arbitral pueda celebrar las audiencias y reuniones donde entienda oportuno.

Con todo, lo más criticable es —insistimos— que no se deje la determinación del lugar del arbitraje a la voluntad de las partes, incluso aunque las actuaciones arbitrales pudieran luego celebrarse en lugar distinto, si conviene más a los órganos de la CNMC (que, entendemos, es el problema que subyace a esta previsión del Reglamento).

3. Comunicaciones y cómputo de plazos

Las comunicaciones y el cómputo de plazos en el procedimiento arbitral ante la CNMC están regulados en los arts. 3 y 4 del Reglamento.

También en esta cuestión la naturaleza pública del organismo llamado a tramitar y decidir el procedimiento arbitral influye negativamente en la forma en que se regula en el Reglamento.

Así, en primer lugar, se prevé que como norma las comunicaciones entre la CNMC y las partes se harán a través de la sede electrónica de dicho organismo y que únicamente con carácter “excepcional” se podrán llevar a cabo notificaciones a través de otros medios.

Esta previsión resta agilidad y fluidez al procedimiento arbitral. En la actualidad, las comunicaciones entre las partes, los árbitros y la corte arbitral se realizan de manera ágil a través de correo electrónico, nada parecido a la presentación de escritos y documentos a través de la sede electrónica de un organismo público.

Por otra parte, con este sistema se perturba de manera importante el sistema de cómputo de plazos, ya que se señala que toda comunicación se considerará recibida cuando sea retirada de la sede electrónica por su destinatario o, en todo caso, transcurridos diez días naturales desde que resulte accesible en dicha sede. Es decir, en un procedimiento como el arbitral, pensado para ganar agilidad y rapidez, se están añadiendo potencialmente diez días naturales a cada plazo en el que medie una comunicación de la CNMC a las partes.

4. Aplicación subsidiaria de la Ley de Arbitraje

El Reglamento, en su art. 57, señala que

“a tenor del art. 46 del EO CNMC, en lo no previsto en las presentes reglas se aplicarán las normas contenidas en la LA, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza y las peculiaridades de un procedimiento de arbitraje tramitado ante la CNMC”.



Aunque se afirma que esta regla se establece “a tenor del art. 46 del EOCNMC”, lo cierto es que dicho precepto no se remite a la Ley de Arbitraje, sino a “*las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil*”, referencia que hay que entender hecha a la Ley Modelo de la CNUDMI y que no deja de ser curiosa, por tratarse de una norma de *soft law* y por ser desde luego más lógico que la referencia lo fuera a nuestra Ley de Arbitraje (basada en la Ley Modelo). El Reglamento, contradiciendo al EOCNMC, modifica esa remisión. Tendría bastante lógica modificar el art. 46 EOCNMC en este sentido.

Lo que, de nuevo, echamos en falta en este punto, es una referencia a la voluntad de las partes para regular el procedimiento. Hablando de arbitraje, el acuerdo de las partes debería primar sobre casi cualquier regla que no sea una norma imperativa indisponible para ellas.

Sin embargo, lo que nos encontramos es una referencia a las escasas reglas de la Ley de Arbitraje y siempre y cuando no sean incompatibles (se dice), “*con la naturaleza y las peculiaridades de un procedimiento de arbitraje tramitado ante la CNMC*”. De nuevo, la naturaleza del órgano que administra y/o decide el arbitraje, condiciona el procedimiento arbitral.

5. Procedimiento

Se regula en el “apartado” (no se denomina Título o Capítulo) II del Reglamento (arts. 8 a 28).

Se trata de una regulación —más bien parca— de lo que será el procedimiento arbitral, con la peculiaridad de que, aparentemente, no se deja nada a la voluntad de las partes (a las que simplemente se “consulta” previamente), sino que aplicarán las reglas detalladas en el Reglamento y las que determine el Consejo de la CNMC en el “Acuerdo de inicio del procedimiento de arbitraje”.

Habría sido deseable, desde luego, que el procedimiento se inspirara en los de las principales Cortes de Arbitraje españolas o en el Modelo de Reglamento del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje, que está siendo acogido básicamente por aquellas.

Dentro de la regulación de la “acumulación e intervención de terceros”, el art. 16.2º del Reglamento establece que “*el Consejo de la CNMC podrá admitir la intervención de terceros como partes en el arbitraje, a petición de cualquiera de las partes y oídas todas las demás*”. Ello, habrá que entender, previo consentimiento del tercero, si es parte no signataria del convenio arbitral.

En materia de admisión de pruebas y realización de pruebas de oficio (art. 17 del Reglamento), se atribuyen funciones a la Asesoría Jurídica de la CNMC que, a nuestro juicio, no le corresponden. Efectivamente, la facultad de admitir o (extraordinariamente) acordar prueba, corresponde al Tribunal Arbitral, en este caso al órgano encargado



de decidir (el Consejo de la CNMC), pero en ningún caso debería corresponder al órgano que se limita a instruir el procedimiento. Lo mismo cabe decir de la facultad para acordar la celebración o no de la audiencia de pruebas, que también se atribuye a la Asesoría Jurídica de la CNMC en el art. 20 del Reglamento.

Resulta igualmente criticable la regla sobre valoración de la prueba establecida en el art. 18.3º del Reglamento, conforme a la cual “*el Consejo de la CNMC valorará la prueba libremente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica*”. Esta regla será correcta para aquellos medios de prueba, como la testifical o la pericial, en los que tradicionalmente rige el principio de libre valoración de la prueba, pero no así en otros medios de prueba, como la documental pública, en los que se aplica el principio de prueba tasada.

El art. 27, al tratar sobre las costas, aclara que los procedimientos arbitrales ante la CNMC serán gratuitos. Por tanto, en caso de que la CNMC tenga funciones decisorias, este organismo no cobrará cantidad alguna a las partes por su labor (de decisión —por el Consejo— y de instrucción —por la Asesoría Jurídica de la CNMC). Resulta llamativo que sea así y una verdadera —aún no en sentido técnico— “competencia desleal” para con los profesionales del arbitraje y las Cortes Arbitrales.

En caso de que la labor de la CNMC se limite a la administración del arbitraje y al nombramiento de árbitros, quienes sí cobrarán honorarios serán los árbitros designados, conforme a los aranceles que sean aprobados por el Consejo de la CNMC (art. 29.1º del Reglamento).

En general, conforme al art. 29 del Reglamento, parece que toda esta regulación del procedimiento únicamente aplicará a los arbitrajes en los que la CNMC asuma facultades decisorias. En caso de no ser así, únicamente aplicará el procedimiento previsto en el Reglamento en caso de que las partes o los árbitros designados no hayan establecido otro procedimiento.

VII. CONCLUSIÓN

EN resumen, la reglamentación contenida en el recientemente aprobado Reglamento de arbitraje de la CNMC, de 21 de junio de 2024, consagra y desarrolla la regulación de una competencia de aquél organismo prevista —ciertamente— en su Ley de creación y en su Estatuto Orgánico, acorde con lo que ha resuelto la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en cuanto a esta extraña figura, pero que no deja de ser un método de resolución de conflictos un tanto artificial y que difícilmente será utilizado por los operadores jurídicos para solventar sus controversias como alternativa al procedimiento judicial o a un procedimiento arbitral propiamente dicho y administrado por una Corte de arbitraje “al uso”.



Seguramente, solo en casos en los que —como ha ocurrido en los escasos ejemplos en los que la CNMC ha ejercido esta función— esta forma de resolución de conflictos sea impuesta a una de las partes, podemos imaginar que verdaderamente sea una opción que considerar —por la parte quien no le viene impuesto—.

En otro caso, difícilmente se acudirá a este método de resolución de conflictos, en el que la naturaleza del órgano de decisión condiciona —para mal— todo el procedimiento arbitral, desvirtuándolo y alejándolo de un arbitraje al uso, sin que exista en nuestra opinión ningún incentivo a las partes para someter su controversia al arbitraje de la CNMC.

En un sistema arbitral moderno y consolidado como es el español, en el que los operadores jurídicos deciden con libertad y criterio cuándo acudir al arbitraje como forma de resolver sus controversias, con unas Cortes de arbitraje muy profesionalizadas y que gozan de gran reputación, no cabe pensar que el arbitraje por la CNMC, o administrado por la CNMC, pueda ser una alternativa a aquellas Cortes.



Convenios sobre reclamaciones de cantidad: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial

I. INTRODUCCIÓN: LA ARBITRABILIDAD DE LA FIJACIÓN DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO

LA generalización del arbitraje interno en el ámbito del Sector Público presenta retos evidentes. Los primeros son, sin duda, los derivados de la regulación positiva que, si bien no proscribe el arbitraje, sí que lo somete a requisitos de forma tan rigurosos que, en la práctica, dificultan enormemente el recurso a este mecanismo; así, es evidente que, por ejemplo, siendo la regla general, en el caso de la Administración General del Estado la previsión del art. 7 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que exige Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno para poder someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los derechos de la Hacienda Pública estatal, la posibilidad de recurrir a este mecanismo resulta extraordinariamente compleja en la práctica.

De otra parte, y más allá de los obstáculos normativos, que siempre podrían removerse por vía legislativa, existen una serie de elementos conceptuales que tradicionalmente han sido invocados para negar la posibilidad de someter las cuestiones de Derecho administrativo a un tercero que no fuera un juez, fundamentalmente vinculados al sometimiento estricto de la Administración al principio de legalidad en el ejercicio de potestades públicas (arts. 9.3º y 103.1º CE) y a la exclusividad que la Norma Fundamental reconoce a los Tribunales de Justicia en relación con el control de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1º CE).

Coincidentemente con la línea que buena parte de la doctrina científica que se ha ocupado de este asunto sostiene (Ballesteros Panizo, Merino Merchán), creemos que la arbitrabilidad o no de la actividad administrativa es una cuestión que debe ser resuelta desde una perspectiva objetiva y no subjetiva. Es decir, lejos de establecerse un veto general a la posibilidad de que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, sometan controversias sujetas a Derecho administrativo a un arbitraje en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, como señala Esplugues Barona, lo que impone el art. 106 CE es que la actividad de la Administración sea objeto de control,



frente a la ausencia de éste, control que puede ser ejercido a través de medios alternativos de solución de conflictos, como lo es el arbitraje, que no deja de ser un “equivalente jurisdiccional”, según la expresión empleada por el Tribunal Constitucional.

Debe precisarse, no obstante, que el sometimiento a arbitraje deberá ser siempre a arbitraje de Derecho y nunca de equidad (art. 34 LA), precisamente para garantizar el principio constitucional de sometimiento de la actuación de la Administración a la legalidad y el control efectivo de esta sumisión.

Hemos de precisar también que nos estamos refiriendo al arbitraje como alternativa al recurso jurisdiccional y no al arbitraje sustitutivo de los recursos administrativos que se contemplaba ya en el art. 107.2º Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y que se recoge en la actualidad en el art. 112.2º de la vigente Ley 39/2015, que prevé que normativamente pueda preverse la sustitución de los recursos de reposición y alzada por procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje ante órganos colegiados o comisiones específicas.

Sentado lo anterior, la posibilidad de que el arbitraje sea una alternativa al recurso contencioso-administrativo depende, como se ha indicado, del cumplimiento del criterio de arbitrabilidad. Criterio que no es otro que el establecido en el art. 2.1º LA, esto es, que la materia sea de libre disposición.

Y en el caso de la Administración Pública ello exige identificar la existencia de ámbitos puramente negociales o patrimoniales que no supongan el ejercicio de potestades públicas, y en los que no se comprometa el interés público.

Sobre la premisa anterior, parece evidente que revisten la nota de arbitrabilidad, tanto las controversias que se susciten en relación con los convenios expropiatorios, como aquellas que se planteen en relación con la fijación convencional del *quantum* indemnizatorio en los procedimientos en los que se ejercitan pretensiones relacionadas con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Así lo entienden la práctica generalidad de los autores que han abordado esta cuestión.

II. CONVENIOS EXPROPIATORIOS

1. Convenios previos al expediente expropiatorio

AUNQUE vamos a centrar nuestra atención en los convenios que se alcanzan en el seno del procedimiento de expropiación forzosa, no puede obviarse que es perfectamente posible que, antes de iniciar formalmente la expropiación, la Administración Pública pueda adquirir previamente y de forma voluntaria, aquellos bienes que serían susceptibles de quedar sujetos a un procedimiento de expropiación. En tal caso, nos



encontraríamos ante contratos sujetos a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas.

En este punto, cabe destacar que, aunque nuestra normativa de expropiación forzosa no obliga a la Administración ni a procurar ni a alcanzar un acuerdo con el propietario, es incuestionable la bondad de la adquisición voluntaria, menos invasiva. Incluso el Tribunal Constitucional, en razonamiento *obiter dicta*, ha considerado razonable la subordinación de la expropiación forzosa respecto de los negocios adquisitivos voluntarios, en aplicación del principio de proporcionalidad, indicando que lo lógico es que las pretensiones adquisitivas del poder público procuren articularse con los instrumentos jurídicos menos gravosos para los particulares, sirviéndose del negocio jurídico privado antes que del recurso a las facultades de *imperium*, que habrán de desplegarse sólo cuando el interés público razonablemente lo demande (STC nº 48/2005, de 3 de marzo de 2005, Recurso 48/1998).

Esta preferencia por la adquisición voluntaria se advierte claramente en la legislación sectorial, que en una amplia variedad de casos prevé el ejercicio por la Administración de la potestad de expropiación forzosa a favor de concesionarios de bienes de dominio público o de sujetos autorizados para la prestación de un servicio de interés general, y contempla la declaración de utilidad pública de ciertas infraestructuras de interés general a los efectos de expropiar los bienes que sea necesario adquirir para su ejecución cuando no pueda alcanzarse un acuerdo con el propietario. Así, pueden citarse, por ejemplo, el artículo el art. 44.1º Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, prevé que los operadores de telecomunicaciones serán beneficiarios de la expropiación forzosa cuando hayan de ocuparse terrenos privados para la instalación, despliegue y explotación de la red siempre que “no existan otras alternativas técnica o económicamente viables”, y el art. 54.1º Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico que declara de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte, distribución de energía eléctrica, así como las infraestructuras eléctricas de las estaciones de recarga de vehículos eléctricos de potencia superior a 3.000 kW.

Este tipo de acuerdos, es decir, acuerdos convencionales que surgen ante la inminencia de una expropiación entre un posible beneficiario y un posible expropiado, no pueden considerarse convenios expropiatorios propiamente dichos, sino que serán contratos privados sometidos al régimen común, y, por ende, a la jurisdicción civil, pudiendo, lógicamente, someterse a arbitraje las controversias que se susciten respecto de ellos con arreglo a las reglas generales.

Debe, sin embargo, señalarse, que el Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de reversión cuando la transmisión se realiza *sub specie expropriationis*, esto es

“en contemplación de una operación expropiatoria que, iniciada o no, constituye la base del negocio jurídico realizado”, en cuyo caso “la operación realizada queda sometida, desde el punto de vista sustantivo y en la medida en que sea compatible con las estipulaciones del convenio, a la disciplina y efectos de las exacciones coactivas de bienes mediante indemnización, y, por ende, al régimen de garantías inherentes a la expropiación forzosa en cuanto resulte de aplicación” (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1999).



2. Convenios expropiatorios

A) Antecedentes y regulación del convenio expropiatorio

La figura del convenio expropiatorio, entendido como aquel que se concluye en el marco del procedimiento expropiatorio, cuenta con una larga tradición en nuestra normativa de expropiación forzosa, pues el convenio entre peritos como mecanismo de determinación del justiprecio aparecía recogido en el art. 7 de la Ley de Expropiación de 17 de julio de 1836 y en los arts. 26 y 28 de la Ley de 10 de enero de 1879.

Actualmente, es el art. 24 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (“LEF”), la que menciona el mutuo acuerdo entre las partes como mecanismo de fijación del justiprecio alternativo a la determinación de éste por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa a la vista de las hojas de aprecio formuladas por el expropiado y por la Administración expropiante. Este mecanismo se desarrolla en los arts. 25 a 27 del Reglamento de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (“REF”). Una especie de estos convenios son aquellos convenios expropiatorios que se concluyen en el marco de un convenio urbanístico, y que son objeto de atención en otro lugar de esta obra.

Conforme al art. 27 REF este acuerdo podrá alcanzarse en cualquier momento del expediente expropiatorio, hasta que el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa decida sobre el justiprecio.

Como indica García de Enterría, este sistema ofrece innegables ventajas, ya que:

“para el expropiado implica reducir la forzosidad expropiatoria, excluyéndola en punto tan decisivo como la indemnización; para el beneficiario, la ventaja está en la rapidez y en la liquidación inmediatas”.

Por eso, algunas normas autonómicas priman o fomentan este mecanismo convencional lo que abunda asimismo en la afirmación de su arbitrabilidad, al tratarse, en definitiva, de una materia sujeta a la libre disposición de ambas partes y satisfacerse incluso en mayor medida el interés público como consecuencia de la mayor eficiencia y agilidad que supone. Así, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, prevé un incremento del 10% en el justiprecio ofrecido por la Administración si el expropiado se aviene.

Escuin Palop distingue 4 tipos de acuerdo:

- a) El que se alcanza dentro del plazo de quince días después de la declaración de necesidad de la ocupación.
- b) El que se produce mediante la aceptación de la Administración de la hoja de aprecio que formula el expropiado (art. 30.1º LEF).
- c) El que se produce mediante la aceptación por el expropiado de la hoja de aprecio que formula la Administración (art. 30.2º LEF).
- d) El que se alcanza por las partes después de los quince días inmediatamente posteriores a la declaración de necesidad de la ocupación y antes de que el Jurado Provincial de Expropiación lo determine.



Como destaca este mismo autor, en el segundo y tercer caso –que algunos autores consideran como un supuesto de “*adhesión a la expropiación*” y no como un verdadero acuerdo– el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra limitada por el hecho de que las valoraciones habrán de ajustarse a las normas de valoración contenidas en la LEF, tal y como se establece en el art. 37 de la propia LEF.

Sin embargo, en el primer y en el cuarto supuesto, la autonomía de las partes es plena, pues su acuerdo no tiene por qué sujetarse a la preexistencia de normas de valoración.

Además, es importante destacar que en el marco de las negociaciones que se lleven a cabo con miras a alcanzar un mutuo acuerdo, las posiciones respectivas de las partes no las vinculan, como sí ocurre con las hojas de aprecio. En este sentido se pronunciaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009 (Recurso 6753/2005) que indicaba que no cabe

“otorgar igual fuerza obligatoria a la posición adoptada por ellas en la fase de avenencia, donde interviene consideraciones de naturaleza subjetiva y de orden táctico que impide extender a las mismas la doctrina de los actos propios”.

En todo caso, no obstante, la consecuencia es la misma en la práctica, pues se producirá la finalización de la pieza separada de justiprecio (art. 24 LEF).

B) Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del convenio expropiatorio ha sido una cuestión intensamente debatida en la doctrina y la Jurisprudencia y presenta una evidente relevancia por cuanto si se concluyera que se trata de un contrato patrimonial, la jurisdicción competente para conocer de los litigios que pudieran suscitarse respecto del convenio sería la civil, mientras que, si se mantiene que su naturaleza es la de un acto administrativo, la competencia recaerá en el orden contencioso–administrativo.

Como señala González Alonso creemos que ha de partirse de la premisa de que los convenios expropiatorios,

“constituyen una modalidad de terminación convencional de un procedimiento administrativo específico (que es el procedimiento de fijación del justiprecio expropiatorio), mediante el cual la Administración Pública y personas tanto de Derecho público como de Derecho privado alcanzan libremente un acuerdo sobre una materia susceptible de transacción –el justiprecio–, y que tiene por objeto satisfacer un interés público: la causa de utilidad pública o interés social (causa expropriandi) que justifica la expropiación”.

Por tanto, el convenio expropiatorio es un supuesto de terminación convencional de los previstos en el art. 86 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“Ley 39/2015”).

Aunque las posiciones doctrinales han sido de lo más heterogéneo, la posición mayoritaria le atribuye naturaleza jurídico–pública; según García de Enterría, en el convenio expropiatorio,



“no rigen las normas de contratación administrativa o civil, sino las específicas del procedimiento administrativo; todo eventual litigio será contencioso-administrativo; el título de adquisición seguirá siendo el acta de pago, completada con la de ocupación y no un contrato sustantivo de transferencia; sigue, pues, siendo real y no consensual, el efecto traslación, no se precisa la forma notarial; la indemnización acordada sigue jugando como presupuesto para la producción del efecto expropiatorio”.

Escuín Palop considera que nos encontramos ante un acto administrativo dotado de especial firmeza, sin que a ello obste la voluntad del expropiado habida cuenta la existencia de actos administrativos en los que la voluntad del administrado actúa como presupuesto de eficacia.

Es importante destacar que esta naturaleza jurídico-pública no se ve afectada por el hecho de que el convenio se suscriba entre el expropiado y el beneficiario de la expropiación, como autoriza el art. 5.2, 2ª REF, en la medida en que el beneficiario ejerce por delegación una facultad administrativa de modo que el acto mantendrá su carácter de negocio jurídico de Derecho público.

Éste es también el criterio del Tribunal Supremo, que ha considerado que se trata de un acto administrativo especial al estar integrado en el procedimiento administrativo al que pone fin, sin perder su dependencia de éste. En este sentido, la Jurisprudencia (entre otras, STS 29 de marzo de 1984) ha declarado que,

“puesto que el convenio no se genera de forma autónoma, sino que surge como incidencia en una expropiación en marcha modulándola en solo uno de sus aspectos particulares –el justiprecio–, es evidente que aunque ofrezca un aspecto negocial, y por su objeto implique una compraventa, no por ello pierde su dependencia del procedimiento administrativo del que deriva; razón por la cual, la petición del accionante y las respuestas de la Administración que provoque, relacionadas con el mismo, constituyen actos administrativos, residenciables incuestionablemente ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Pero es que, como indica Escuín Palop, esta interdependencia entre el convenio y la expropiación supone, por una parte, que aquél ha de suscribirse en el marco de un procedimiento expropiatorio en marcha, pero también que los elementos previos al procedimiento expropiatorio (declaración de utilidad pública) y los actos en él producidos (necesidad de ocupación) deben de reunir la totalidad de los requisitos necesarios para su validez jurídica, ya que en caso contrario se produciría la nulidad del propio convenio.

Reiteradamente, la Jurisprudencia ha rechazado la naturaleza de contrato privado del convenio, pudiendo citarse, en este sentido, la STS 26 de septiembre de 2006 (Recurso 3828/2003) que señala que rechaza la naturaleza de negocio jurídico bilateral de carácter privado, señalando que,

“por tratarse de la determinación del extremo referido al justo precio de la expropiación y no de un negocio jurídico de carácter civil que *ab initio* no deriva de la voluntad bilateral de las partes como en los contratos sucede, siendo de aplicación el art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa”.

Ahora bien, lo que la Jurisprudencia también reconoce es el carácter negocial del convenio, que determina que, una vez aceptado, no cabe ni la revocación ni la modificación unilateral, por lo que la Administración no pueda desligarse de su contenido ni revocarlo,



a menos de que lo declare lesivo para el interés público y lo impugne ante la jurisdicción contencioso-administrativa (entre otras, STS 13 de enero de 2000). Asimismo, varios pronunciamientos del Tribunal Supremo remiten a las reglas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil, y, en particular, a las de los arts. 1288 y 1285, que impiden que la oscuridad pueda favorecer a la parte que la ha provocado e imponen que el sentido de las cláusulas dudosas se fije en relación con el conjunto.

Como indica Chinchilla Peinado mediante el convenio expropiatorio el ejercicio unilateral de poder público que se concreta en la determinación del derecho subjetivo en el caso concreto, mediante la fijación el valor que corresponde al bien o derecho expropiado, y la materialización del efecto jurídico traslativo que la expropiación lleva aparejado, se sustituye por un acto jurídico-público de carácter bilateral, en definitiva, por un contrato, lo que da lugar a un ejercicio consensuado de la facultad expropiatoria que corresponde a la Administración. Así, la admisión de este tipo de figuras supone, como indica el citado autor, reconocer

“la negociabilidad de lo que es derecho en el caso concreto, sin que ello suponga la negociabilidad de la titularidad de la concreta competencia o facultad administrativa (en este caso la expropiatoria)”.

Por ello, como luego se verá, el contenido y alcance de este tipo de acuerdos está sujeto a estrictos límites, propios de su naturaleza jurídico-pública, que determina la no aplicación de la libertad de pactos del art. 1255 Cc. Pero esta predeterminación normativa del contenido del convenio no impide en modo alguno reconocer, sin atisbo de duda, su carácter negocial, y por ende, la arbitrabilidad de las controversias que se susciten en relación con su aplicación y ejecución.

Dado que se trata de un acto administrativo que se incardina en el procedimiento expropiatorio, la nulidad de éste arrastra la de aquél, de modo que la nulidad de la expropiación llevará aparejada la ineficacia sobrevenida del convenio.

C) Contenido

Por lo que se refiere al contenido del convenio expropiatorio, y de acuerdo con las modalidades de a las que antes se ha hecho referencia, éste puede limitarse a fijar el justiprecio –en los casos en que, bien la Administración, bien el expropiado, aceptan la hoja de aprecio formulada por éste o por aquélla–. En este caso, el convenio pone fin a la pieza separada de justiprecio, si bien el procedimiento expropiatorio continuará hasta su finalización mediante acta de pago y ocupación.

En otros casos, el convenio incluye también la transmisión de la propiedad del bien o derecho, sin que resulte ya necesario otorgar acta de ocupación. *Pero eso deja de ser entonces una expropiación.*

En todo caso, lo que resulta más relevante destacar es que el contenido esencial del convenio es la fijación del justiprecio, admitiéndose jurisprudencialmente la posibilidad de fijar un precio unitario por metro cuadrado, en cuyo caso, la diferencia de superficie



respecto de la contemplada en el convenio o incluida en el acta previa de ocupación podría dar lugar a la exigencia de importes adicionales, a no ser que se hubiera incluido una renuncia clara, terminante e inequívoca a la exigencia de mayores cantidades (STS 16 de diciembre de 1997).

De acuerdo con el art. 26 REF, el justiprecio fijado por mutuo acuerdo tiene la consideración de partida alzada que incluye todos los conceptos indemnizatorios, por lo que no procede su incremento con el 5% de premio de afección que se regula en el art. 47 LEF. También especifica este precepto que el mutuo acuerdo queda excluido de tributación, conforme al art. 49 LEF.

Así, el justiprecio pactado en el mutuo acuerdo incluirá no sólo el premio de afección, sino también los intereses de demora por retraso en la fijación del justiprecio, o los perjuicios derivados de la expropiación parcial. Como señala Sosa Wagner:

“se ha entendido que el expropiado al ofrecer su valoración calcula todas las circunstancias que influye en la fijación y determinación de la compensación, incluido el tiempo de demora en la fijación y la consiguiente depreciación de los bienes”.

Este criterio es el que recoge la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que las partes, al acordar los términos del convenio, han debido tener en cuenta todas las circunstancias que dan lugar al demérito patrimonial que supone para el expropiado la privación de sus bienes, por lo que excluye el pago de intereses de demora (STS 28 de septiembre de 2004, Recurso 68/2004). Ahora bien, la misma doctrina jurisprudencial matiza que esta postura se ve matizada y se excepciona en aquellos supuestos en los que las partes hubieran estipulado expresamente lo contrario en el propio convenio expropiatorio o resultase que esa había sido voluntad, es decir, el abono de los intereses de demora por el retraso en la fijación del justiprecio, al efectuar una interpretación razonable de los términos del convenio conforme a los criterios de interpretación de los arts. 1281 ss Cc, y en aquellos casos en la voluntad de las partes se deduce con claridad de actuaciones precedentes o actos propios de la Administración que admiten el devengo de intereses.

Por ello, señala Grangel Vicente que no bastará con incluir cláusulas de estilo en los convenios para excluir el pago de intereses si éstas se contradicen con los propios actos de la Administración, como pudiera ser que se hubieran ofertado con anterioridad o coetáneamente al expropiado.

Cuestión distinta es la procedencia del abono de intereses por demora superior a seis meses en el pago del justiprecio acordado en el convenio de conformidad con el art. 57 LEF, cuestión que no resulta controvertida (STS 17 de mayo de 1993). Esta obligación surge también cuando el justiprecio se consigna de forma irregular.

En principio, y por estricta aplicación de lo previsto en el art. 26 REF, el justiprecio incluirá también la indemnización por expropiación parcial, salvo que en el propio convenio se haga reserva expresa de la facultad de exigir ante la Administración una indemnización por el resto de la finca no expropiada de conformidad con el art. 23 de la LEF se reservan (STS 16 de mayo de 2003).



En definitiva, como señala la STS 16 de febrero de 2007, Recurso 5613/2004

“no se vulneran los arts. 24 de la LEF y 26 REF, en aquellos supuestos en que sobre el concepto indemnizatorio que se fije en el convenio se haga una válida reserva de derecho por parte del expropiado, en relación a determinado concepto indemnizable, pues la determinación del acuerdo de adquisición como “partida alzada por todos los conceptos” es a falta de válida reserva de derechos, y no puede darse por concluido el expediente expropiatorio mientras exista un concepto indemnizable estableciéndose la conclusión para el caso en que no subsista concepto alguno susceptible de resarcimiento”.

Ahora bien, no puede obviarse que el propósito del convenio es poner fin a la pieza separada de justiprecio por lo que, como apunta Grangel Vicente, resultaría difícilmente justificable en la práctica que la Administración aceptase acuerdos de justiprecio en los que se excluyeran diversas partidas indemnizatorias que hubieran de ser valoradas en el seno del procedimiento, argumento que se ve reforzado por el hecho de que el propio Tribunal Supremo ha indicado que de los arts. 24 LEF y 26 REF “*se desprende de modo inconcuso que el mutuo acuerdo, para ser eficaz, ha de ser completo e integral, sin que ante él se haya formulado reserva de clase alguna*”.

El justiprecio puede consistir en el abono de una cantidad de dinero líquida, pero también en la entrega de un bien distinto, o como ocurre con relativa frecuencia en el ámbito urbanístico, de un determinado volumen de edificabilidad, lo que admite expresamente la STS 21 de octubre de 2002. En este supuesto, cuando el cumplimiento en especie no resulte posible habrá de acudir al cumplimiento por equivalencia mediante el abono de las indemnizaciones sustitutorias que procedan.

Como conclusión a lo expuesto respecto del contenido del convenio expropiatorio ha de significarse que no son pocas las controversias o discrepancias que pueden surgir entre las partes en cuanto a su interpretación y que serían susceptibles de ser arbitradas, pues la predeterminación normativa de su alcance no excluye un carácter negocial que puede exigir la determinación por un tercero imparcial de la verdadera voluntad de las partes.

D) Reglas de valoración

Como ya se ha señalado, los arts. 24 LEF y 326 REF no remiten a las reglas de valoración contenidas en la propia legislación de expropiación forzosa, a las que sí deben ajustarse, de forma imperativa, las hojas de aprecio de la propiedad y la Administración expropiante, así como la decisión del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, por expreso precepto del art. 37 LEF.

Así, la Jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que,

“los precios convenidos entre la Administración expropiante y los expropiados no se acogen a ninguno de los criterios de valoración previstos en la legislación, pues en ellos intervienen consideraciones transaccionales que no están presentes en la fijación contradictoria del justiprecio, tales como “factores subjetivos y hasta personalísimos impulsivos y reacciones imprevisibles que desfiguran el valor real de la finca” (STS 10 de diciembre de 2012, entre otras).



Ahora bien, ello no debe conducir al error de considerar que en el marco de la formalización de un convenio expropiatorio la voluntad de la Administración no está sujeta a límite alguno en cuanto a su formación.

No puede olvidarse, en este sentido, que la Administración se halla estrictamente sometida a los principios de legalidad y proscripción de la arbitrariedad, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad que el carácter transaccional del acuerdo impone.

Adicionalmente, habrá de tenerse en cuenta que es posible que, al margen de la LEF, la normativa sectorial imponga normas especiales de valoración, que en todo caso habrán de respetarse. Así ocurre en el caso de los convenios expropiatorios que se alcancen en el ámbito urbanístico y que se analizan en otro lugar de esta obra, donde, por ejemplo, el art. 121 Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, indica que el mutuo acuerdo habrá de respetar las reglas de valoración recogidas en esa norma.

Nótese que esta mayor amplitud de la facultad de negociación del precio por parte de la Administración sólo rige para los convenios expropiatorios propiamente dichos y no para los casos que hemos denominado de “*adhesión a la expropiación*”, que, al suponer la aceptación de una previa hoja de aprecio, si se hallarán sometidos a las normas de valoración de la LEF y su Reglamento.

Así, en el verdadero convenio, la indemnización pactada no tiene por qué ser sustancialmente idéntica a la determinada, en su caso, por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa o por el órgano autonómico de valoración, ni a la convenida con otros propietarios, pero lo que no puede ser es arbitraria, y ello exige que, como en el ejercicio de cualquier facultad discrecional, exista una motivación suficiente que avale el criterio aplicado, su razonabilidad en relación con las características del bien, y el aseguramiento de la equivalencia de las prestaciones.

E) Requisitos y formalidades

Rige en este ámbito el principio antiformalista propio del Derecho administrativo, por lo que el convenio puede formalizarse mediante simple documento administrativo, sin que sea necesaria la forma notarial. Es más, algunos pronunciamientos judiciales han admitido la posibilidad de que la voluntad de las partes se manifieste verbalmente e incluso de forma tácita.

Entendemos, sin embargo, que, de forma coherente con la consideración del convenio expropiatorio como un supuesto de terminación convencional de los previstos en el art. 86 Ley 39/2015 exige en todo caso la formalización escrita, sin que pueda obviarse que la forma escrita es la regla general en el caso de los actos administrativos, conforme al art. 36 de la Ley 39/2015.

De conformidad con el art. 25 REF, la celebración del convenio expropiatorio exige los siguientes requisitos, siempre y cuando se efectúe con cargo a fondos públicos:



- a) Propuesta de la Jefatura del servicio encargado de la expropiación, en la que se concrete el acuerdo a que se ha llegado con el propietario, con remisión de los antecedentes y características que permitan apreciar el valor del bien objeto de la expropiación.
- b) Informe de los servicios técnicos correspondientes en relación con el valor del bien objeto de la expropiación.
- c) Fiscalización del gasto por la Intervención.
- d) Acuerdo del Ministro o, en su caso, del órgano competente de la Corporación Local o Entidad respectiva.

Nótese, que la generalidad de la doctrina considera que el convenio se perfecciona y es eficaz desde que se produce el concurso de voluntades de expropiado y beneficiario, de modo que el cumplimiento de los requisitos del art. 25 REF son meras actuaciones administrativas necesarias para que pueda efectuarse el pago del justiprecio, cuya exigencia obedece a finalidades exclusivamente financieras y presupuestarias. Por tanto, su incumplimiento no afectaría a su validez sino sólo a su eficacia.

Por otra parte, estas formalidades no habrán de ser observadas cuando el justiprecio sea abonado por un beneficiario distinto a la Administración expropiante, ya que sólo son exigibles en aquellos supuestos en que aquél se satisface con cargo a fondos públicos.

F) Efectos

El convenio expropiatorio se perfecciona por el consentimiento, por lo que desde el momento de su otorgamiento se presume válido y eficaz, de acuerdo con lo establecido en el art. 39.1º Ley 39/2015.

A partir del momento en que se suscribe el convenio, comenzará, por tanto, a contarse el plazo de seis meses previsto en el art. 48 LEF para el pago, como ya se ha indicado, devengándose una vez transcurridos esos seis meses, el interés legal (art. 57 LEF).

Una cuestión que ha sido objeto de análisis detenido por algunos autores, como Escuin Palop, es la relativa a la eficacia subjetiva del convenio, y, más específicamente, a la posibilidad de extender los efectos del convenio a sujetos distintos de quienes intervinieron en él.

El criterio general sostenido por el Tribunal Supremo es que no es posible extender la valoración contenida en el convenio ni a otros terrenos no comprendidos en el acuerdo ni a las valoraciones del Jurado (STS 19 de septiembre de 2002, entre otras muchas).

El fundamento de esta negativa es múltiple; por una parte, se entiende que en las adquisiciones por mutuo acuerdo de terrenos afectados por expropiaciones pueden concurrir muy diversas motivaciones ajenas al verdadero valor de las fincas, ya que los expropiados no gozan de la libertad que tendrían en un supuesto de compraventa, y ello como consecuencia del inicio del expediente expropiatorio. A ello se añade que pueden existir



elementos subjetivos no extrapolables que lleven a determinados afectados a aceptar un precio que no puede ser impuesto al resto de los expropiados.

Y, en última instancia, no puede obviarse el principio del Código Civil que impide imponer un acuerdo de voluntades a quien no fue parte en el mismo (art. 1257 Cc).

No obstante, en algunos supuestos concretos el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de extender la valoración a otras fincas, o, más bien, que la valoración recogida en el convenio sirva de referencia para otros terrenos en atención a su razonabilidad por presentar las mismas características o a su equivalencia con precios pagados en transacciones entre particulares.

Cabría plantearse si resulta de aplicación al justiprecio fijado de mutuo acuerdo y mediante convenio la garantía de la retasación que de conformidad con el art. 58 LEF resulta aplicable en el supuesto en que transcurrieran dos años desde la determinación de la indemnización expropiatoria sin que ésta se satisfaga o consigne. Es clásica la cita de la STS 16 de febrero de 1981, que considera que el instituto de la retasación es perfectamente aplicable al convenio expropiatorio habida cuenta que éste

“se celebra en el marco de un procedimiento administrativo, a cuyo expediente pone fin, que se halla regulado por normas de Derecho administrativo y que la Administración interviene en él como titular de la potestad expropiatoria”, por lo que “claro es que no puede negarse que se trata de un negocio jurídico de Derecho administrativo y que, por consiguiente, el justo precio quede fijado administrativamente mediante dicho negocio”.

Es más, razona el Tribunal Supremo en este pronunciamiento que excluir la retasación en los casos de convenio

“resultaría poco equitativo y contrario, además, al principio de confianza que debe presidir las relaciones entre la Administración y los administrados, que en los casos en que estos colaboran en aquella facilitando la adquisición del bien objeto de expropiación mediante mutuo acuerdo de justiprecio así determinado no caducara nunca, amén de que ello sería, sin duda, un factor impeditivo del funcionamiento de éste sistema, que no por resolverse en un convenio libremente adoptado deja de ser una figura expropiatoria verdadera y real”,

argumento que entendemos es extrapolable a todas las garantías que el instituto de la expropiación forzosa reconoce al expropiado.

En esta línea, y sobre la base del anterior razonamiento, debe igualmente reconocerse al expropiado que suscribió un convenio expropiatorio el derecho a solicitar la reversión en los casos en que la obra no se ejecute, el servicio no se establezca, existieran sobrantes o se produjese la desafectación (art. 54 LEF). Así lo recoge, entre otras, la STS 25 de febrero de 2003.

G) Invalidez e impugnación

En atención a su naturaleza administrativa, el convenio expropiatorio puede verse afectado por las causas de nulidad de pleno Derecho y de anulabilidad que se recogen en



los arts. 47 y 48 Ley 39/2015, aunque resulta asimismo evidente que, en atención a su carácter transaccional o negocial también puede verse afectado por causas de nulidad de Derecho civil, y, en particular, por la existencia de vicios en el consentimiento del expropiado.

La invalidez del convenio también puede derivar de causas extrínsecas a éste, si la declaración de utilidad pública o interés social, o el procedimiento simple por el que se adopta el acuerdo de necesidad de ocupación son anulados.

No es infrecuente la alegación de error vicio del consentimiento por haber aceptado un valor inferior al que después se considera inadecuado en atención a diferentes valoraciones o al precio pagado en relación con terrenos similares. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la Jurisprudencia contencioso-administrativa exige, como la civil, que el error sea eficaz para invalidar el consentimiento, esto es, que sea invencible y no imputable a la diligencia de la parte o de los profesionales de que se sirvió (SSTS 18 diciembre 2012 o 21 de marzo de 2017) .

Pero en todo caso no es posible que la impugnación del mutuo acuerdo se base en la inadecuada valoración en la medida en que el convenio expropiatorio no tiene por qué estar establecido sobre valores reales, al ser diversos los motivos de índole subjetiva que pueden llevar a aceptar el precio ofrecido, sin que sea posible alegar discriminación ni desigualdad en relación con otras indemnizaciones fijadas para zonas similares.

En todo caso, la jurisdicción competente para conocer de la invalidez del convenio expropiatorio será la contencioso-administrativa, incluso cuando dicho acuerdo haya sido suscrito entre el beneficiario y el expropiado. Si es la propia Administración la que pretende la invalidez del convenio, deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público (STS 5 de diciembre de 1992).

Como señala Chinchilla Peinado, la determinación de los efectos de la invalidez dependerá de diversas circunstancias, de modo que, en aquellos casos en los que venga determinada por causas extrínsecas (como, por ejemplo, la anulación de la declaración de utilidad pública), el convenio quedará anulado en su totalidad, mientras que si las causas son intrínsecas, la invalidez puede ser total o parcial, debiendo considerarse aplicable el principio de conservación parcial de los actos administrativos recogido en el art. 49.2º Ley 39/2015.

El efecto de la declaración de invalidez si la expropiación no se ha consumado mediante la ocupación, será la retroacción del expediente expropiatorio a la fase de determinación del justiprecio. Consumada la expropiación, la anulación del convenio determinará la obligación de restitución recíproca de las prestaciones siempre que ello resulte posible, debiendo fijarse una indemnización sustitutoria cuando no quepa la restitución *in natura* del bien o derecho objeto del convenio por parte de la Administración expropiante o el beneficiario.

Es aquí donde, una vez más, ha de insistirse en la conveniencia de incorporar a nuestro ordenamiento el arbitraje como mecanismo sustitutivo del recurso contencioso-administrativo para resolver las controversias que pudieran suscitarse respecto de la validez, contenido y efectos de este tipo de convenios, puesto que, tal y como se viene destacando se trata



de cuestiones que a todas luces presentan la característica de arbitrabilidad en atención a su naturaleza patrimonial y a la presencia de un fuerte elemento transaccional.

III. CONVENIOS SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

UN supuesto específico de terminación convencional es el contemplado en el art. 86.5º Ley 39/2015 que determina que

“en los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”.

Como señala García de Enterría, el principio de responsabilidad patrimonial junto con el de legalidad, constituyen los dos grandes soportes estructurales del Derecho administrativo.

En esencia, mediante el instituto de la responsabilidad patrimonial se reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados

“de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” (art. 32 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –“Ley 40/2015”–).

Se trata de una garantía de rango constitucional, recogida en el art. 106.2º CE.

La Ley 39/2015 derogó el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, y optó por incorporar a la regulación general del procedimiento administrativo común, tanto al general como al de tramitación simplificada regulado en el art. 96 Ley 39/2015, las previsiones o especialidades concretas de los procedimientos de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Dada la naturaleza eminentemente patrimonial de este tipo de expedientes, es incuestionable la conveniencia de fomentar la terminación convencional, como también lo son las ventajas que podría suponer la introducción del arbitraje en esta materia, encomendándose a un tercero imparcial la fijación del *quantum* indemnizatorio, cuyo cálculo habrá de respetar en todo caso los criterios del art. 34 Ley 40/2015.

Este precepto prevé que la indemnización habrá de calcularse con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado, previendo específicamente que en los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.



La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

Se prevé también la posibilidad de que la indemnización sea sustituida por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, si bien siempre mediante acuerdo con el interesado.

Se trata pues de un ámbito que, a nuestro juicio, no sólo existe una clara nota de arbitrariedad, sino en el que también podría resultar de enorme utilidad y conveniencia para el ciudadano la introducción de mecanismos alternativos de solución de controversias, como la mediación, que facilitasen el acuerdo con la Administración correspondiente.

No obstante, sí debe precisarse que el único aspecto que puede ser objeto de transacción en este caso es la fijación del quantum indemnizatorio, y en ningún caso la determinación de si concurren o no los presupuestos de la responsabilidad (lesión efectiva, relación de causalidad, antijuricidad) puesto que todos estos elementos son claramente indisponibles para la Administración.

Como señala Capilla Vidal una cuestión no menor es la forma y el momento de la formalización del acuerdo o pacto convencional, y cómo se incardina con la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo correspondiente que será preceptiva en los términos del art. 81 Ley 39/2015, que lo exige siempre que la cuantía reclamada sea superior a 50.000 €.

Según el art. 86.1º Ley 39/2015, el pacto o acuerdo firmado puede tener la consideración de acto finalizador del procedimiento o insertarse en él con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que le ponga fin. No obstante, en el caso específico de los pactos de responsabilidad patrimonial, de conformidad con el art. 81 Ley 39/2015, la propuesta de acuerdo ha de remitirse al órgano consultivo, por lo que entendemos que el convenio no puede formalizarse sin ese dictamen previo.

El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 34 Ley 40/2015. Nótese que el informe no tiene carácter vinculante, sino facultativo (art. 81 Ley 39/2015), pero es un elemento esencial para asegurar que el consentimiento que pueda prestar el afectado al acuerdo por el que se fija la indemnización se ha formado de forma adecuada, por lo que su falta no sólo determinaría la concurrencia de causa de nulidad de pleno Derecho por falta de un trámite esencial de acuerdo con el art. 47 Ley 39/2015, sino que incluso podría fundar una causa de invalidez por error vicio.



Es Jurisprudencia constante que la omisión del dictamen del Consejo de Estado (y, por tanto, del Consejo Consultivo) origina la nulidad de pleno derecho del acto dictado en el procedimiento en que se ha prescindido de aquél. Así lo apuntaba, por ejemplo, el Dictamen 150/2015, de 5 de febrero, del Consejo Jurídico Consultivo de Andalucía que indicaba

“ciertamente la regulación de los supuestos de tan radical invalidez no permite en su literalidad tal calificación, pero la esencialidad de la intervención garantista del Alto Órgano Consultivo ha llevado a considerar su falta con la misma virtualidad que la omisión total y absoluta del procedimiento [art. 62.1º.e) Ley 30/1992]. Esa interpretación cuenta además con apoyo normativo expreso, como el proporcionado por el art. 83.3º Ley 30/1992, cuando dispone que si en el procedimiento ha de emitirse un informe (preceptivo) se interrumpe el plazo de los trámites sucesivos, a diferencia de lo que sucede cuando el informe es facultativo, en que el procedimiento prosigue en sus trámites”.

Como en el caso de los convenios expropiatorios examinado en el apartado anterior, la sustitución del recurso contencioso-administrativo por mecanismos arbitrales permitiría, en el caso de este tipo de convenios, agilizar la revisión de este tipo de acuerdos en los supuestos en los que se suscitasen controversias que pueden referirse no sólo al importe, sino también a la forma de pago (en especie, fraccionados), así como a su eficacia y validez.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS PANIZO, C.I., “El criterio de arbitrabilidad en Derecho administrativo”, *Revista General de Derecho administrativo* (Iustel, octubre 2020).
- CAPILLA VIDAL, G., “Mediación y responsabilidad patrimonial” *Mediación y arbitraje en la Administración Pública*, Madrid, Kluwer, 2022, pp. 253-271.
- CHINCHILLA PEINADO, J.A., *El convenio expropiatorio Teoría y práctica administrativa*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2009.
- ESCUIN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Ed. Thomson Civitas, 2004.
- ESPLUGUES BARONA, C., “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?”, en Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 11, Nº. 2, 2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, 8ª ed., Civitas, 2002.
- GÓNZALEZ ALONSO, A., “Los convenios expropiatorios y la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario LA LEY*, nº 7964, Sección Tribuna, 14 de noviembre de 2012, Ref. D-398, LA LEY.
- GRANGEL VICENTE, I., “Procedimiento para la determinación del justiprecio”, *Manual de Expropiación Forzosa*, Ed. Abogacía General del Estado –Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi, 2007.
- MERINO MERCHÁN, J.F., “La sedicente incapacidad del Estado para someterse a arbitraje interno e internacional”, *LA LEY mediación y arbitraje*, nº 17, Sección Doctrina, LA LEY Diario LA LEY, 19 de diciembre de 2023.
- SOSA WAGNER, F., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Aranzadi, 2003.



El arbitraje en materia tributaria en España: viabilidad de su implementación

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA CONFLICTIVIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA Y LA NECESIDAD DE INTRODUCIR MEDIDAS PARA EVITARLA

EN España se viene planteando desde hace más de quince años y desde diferentes sectores (doctrinales, empresariales y profesionales), la posibilidad de introducir el arbitraje como método de resolución de conflictos surgidos entre la Administración y los obligados tributarios. No obstante, y pese a la existencia de numerosas y variadas propuestas de implementación de dicha técnica en el ámbito tributario, lo cierto es que hasta el momento nos seguimos encontrando ante una mera posibilidad, ya que nuestro legislador se ha mantenido reticente en todo momento a su introducción en el ordenamiento tributario español.

Bastan unos pocos datos para comprobar la conveniencia, a día de hoy, de acometer diferentes medidas tendentes a evitar, o reducir en la medida de lo posible, los altos niveles de conflictividad en este ámbito, que han sido puestos de manifiesto por la doctrina [*vid.* Lago Montero (2017) p. 23 ss; González Pelayo (2017) p. 59 ss.].

Según la última memoria publicada de los Tribunales Económico-Administrativos (en adelante, TEA) —la referida a 2022—, en España se presentaron un total de 230.043 reclamaciones económico-administrativas, lo que supone un incremento del 8,10 % con respecto a las presentadas en el año anterior; aumento que refleja una tendencia al alza en dichas cifras en los últimos años, dado que, si bien en 2019 se presentaron un total de 180.916 reclamaciones económico-administrativas, en 2020 se interpusieron 189.358 reclamaciones, mientras que en 2021 dicha cifra ascendió a 212.796, alcanzando el máximo de los últimos diez años en 2022, en el que se plantearon, como indicábamos, 230.043 reclamaciones económico-administrativas.

A pesar de que se han efectuado algunas reformas normativas con el objetivo de mejorar los índices de conflictividad existentes en este ámbito, se trata de medidas puntuales que, tal y como revelan los anteriores datos, no han producido el efecto deseado, esto es,



evitar o reducir, en la medida de lo posible, la elevada litigiosidad existente en materia tributaria en España.

Así, tanto la implementación de los acuerdos previos de valoración entre la Administración y los particulares en determinados supuestos [art. 91 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT)], como la introducción —en el año 2003, con ocasión de la aprobación de dicha Ley— de las actas con acuerdo en el procedimiento de Inspección tributaria (art. 155 LGT), por poner algunos ejemplos, constituyen buena prueba del intento de nuestro legislador de introducir medidas en el seno de los procedimientos tributarios que puedan evitar o reducir los conflictos entre la Administración tributaria y los particulares.

De manera paralela, y centrando las medidas normativas en fase de recurso, en la reforma de la LGT operada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, se desaprovechó nuevamente la posibilidad de implantar el arbitraje en materia tributaria, optando por modificar algunas cuestiones esenciales del procedimiento abreviado de las reclamaciones económico-administrativas.

En ningún caso se decidió implementar la institución arbitral en el ámbito tributario, pese a que desde el inicio de la primera década del siglo XXI se han venido planteando, tal y como veremos con posterioridad, muchas y muy variadas propuestas de introducción de la técnica arbitral en la parcela jurídico-tributaria de nuestro ordenamiento.

No obstante, en los momentos presentes, el incremento de los conflictos en esta materia, el retraso en la resolución de los recursos, o el considerable número de casos que llegan a los Tribunales, entre otros motivos que cabría citar, siguen aconsejando la incorporación de fórmulas alternativas que reduzcan la litigiosidad en materia tributaria en España, planteando diferentes medidas dirigidas a evitar el conflicto entre la Administración y los obligados tributarios (si estamos hablando de medidas preventivas del mismo) o a resolverlo una vez se haya originado (si se trata de medidas que pretendan corregirlo), que son los ámbitos más propicios para introducir este tipo de técnicas convencionales [*vid.* Serrano Antón (1996 82 83; Ramallo Masanet (1996 235 ss; y Ferreiro Lapatza (2002 14 15))].

En el segundo ámbito antes indicado es donde podría implementarse la técnica arbitral en el ordenamiento tributario español, como un método idóneo para obtener la solución de las controversias surgidas entre la Administración tributaria y los particulares a través de un procedimiento ágil, sencillo, de bajo coste y definitivo, en orden a la satisfacción de las mutuas pretensiones.

A plantear la viabilidad de su implantación vamos a dedicar el presente trabajo, para lo cual efectuaremos en primer lugar un recorrido cronológico del proceso acaecido en nuestro país en torno a la posible implementación del arbitraje tributario, desde el comienzo de la década de los años 2000 hasta la actualidad.



II. BREVE RECORRIDO SOBRE EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN DEL ARBITRAJE EN MATERIA TRIBUTARIA EN ESPAÑA

DESDE un punto de vista cronológico, podría decirse que la posibilidad de implantar el arbitraje tributario en España se inició con ocasión de la aprobación de la vigente LGT, en cuyo proceso de elaboración y posterior aprobación surgieron las primeras voces en torno a ello; fundamentalmente por los Informes que, en aquellos momentos, se emitieron por sendas Comisiones de expertos, fechados en 2001 y 2003, y en los cuales se efectuaban y analizaban diferentes propuestas de modificación de dicho cuerpo normativo.

En el primero de ellos —el *Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria* de 2001— se contemplaba una triple propuesta (pp. 227 a 234), que preveía la posibilidad de introducir, o bien un arbitraje *de Derecho*, encomendado a un árbitro *unipersonal y especializado* en materia tributaria que fuera de carácter *obligatorio* para determinadas cuestiones, algunas de ellas *limitadas cuantitativamente* [el procedimiento se asemejaba al actual de los recursos y reclamaciones resueltos en vía administrativa, siendo el laudo recurrible en vía Contencioso-administrativa para revisar el fondo del asunto, aunque sin ulterior recurso], o bien un arbitraje *de equidad*, resuelto por órganos colegiados ajenos a la Administración, de carácter *voluntario* y limitado a *asuntos de pequeña* cuantía, careciendo, con carácter general, de recurso frente al laudo.

Finalmente, la tercera propuesta consistía en un arbitraje no limitado por razón de la cuantía. Su objeto recaería sobre cuestiones que, si bien afectan fundamentalmente a los hechos, deben afrontarse también en otros casos en los que la distinción hecho-derecho no es tan sencilla, encomendándose a árbitros independientes que constaran, con requisitos de inscripción muy rigurosos, en los registros de Hacienda.

Como puede comprobarse, la implementación de la técnica arbitral en el ordenamiento tributario según este primer planteamiento se presentaba de un modo muy amplio y variado, abarcando las diferentes propuestas la implantación de un arbitraje de derecho o de equidad, de carácter obligatorio o voluntario, y con una posible limitación o no de su objeto o cuantía.

Posteriormente, en concreto, en el año 2003, y ya con un Borrador de Anteproyecto de la LGT redactado, se elaboró el *Informe de la Comisión para el estudio del Borrador de Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria*, en el que se analizaba dicho documento y se recogían las principales conclusiones adoptadas al efecto.

No obstante, en el mismo no se contemplaba ninguna de las tres propuestas recogidas en el anterior informe, incluyéndose —en lo que respecta a la adopción de decisiones para reducir la litigiosidad en materia tributaria—, diferentes medidas tendentes a agilizar los procedimientos en vía de recursos y reclamaciones administrativas. Entre otras, la mayor innovación que dicha Comisión aportó fue la referida al establecimiento de un procedimiento abreviado en las reclamaciones económico-administrativas ante órganos unipersonales (p. 93), que serían competentes para conocer de asuntos de pequeña cuantía o de escasa complejidad, que finalmente sí se incluyó en la LGT, como veremos a continuación.



En el mismo sentido, y en este caso desde el sector profesional, la Asociación Española de Asesores Fiscales (en adelante, AEDAF) analizó la triple propuesta planteada en el primer Informe en sendos documentos fechados en 2001 (pp. 169 y 170) y 2003 (pp. 126 a 128), concretando algunas de ellas.

La citada Asociación proponía, por un lado, un arbitraje resuelto en equidad para asuntos cuya cuantía no excediera de 3.005,06 €, encomendando dicha labor al Consejo para la Defensa del Contribuyente. Por otro, y para aquellos casos en que la discrepancia versara sobre hechos o valoraciones de naturaleza técnica, el arbitraje podría resolverse por un órgano colegiado. Y finalmente, para las restantes cuestiones —y cualquiera que fuera su cuantía—, se proponía un arbitraje de Derecho, sujeto a determinados principios, entre los cuales cabría citar, su carácter *voluntario para el interesado*, pero *obligatorio —o vinculante— para la Administración*, con un plazo de resolución de 3 meses, y sin posibilidad de plantear ulterior recurso contra el laudo.

Paralelamente a dichos planteamientos, también a nivel doctrinal se efectuaron diferentes e interesantes propuestas sobre la implantación del arbitraje tributario, entre las cuales puede incluirse nuestra propia postura al respecto, tal y como veremos a continuación.

A estos efectos, y de manera resumida, puede comprobarse la diversidad de las propuestas que se efectuaron en aquellos momentos en relación con numerosos aspectos de la configuración del arbitraje, entre los que cabe resaltar, al carácter *obligatorio* o *voluntario* del mismo.

En la primera postura puede incluirse el planteamiento efectuado por el profesor Calvo Ortega, para quien el arbitraje podría configurarse como *obligatorio*, pero acorde con la pervivencia de la vía contencioso-administrativa como jurisdicción encargada de resolver el recurso presentado contra el laudo arbitral. En su opinión, el arbitraje tendría cabida como método para resolver las controversias tributarias que surgieran en “aquellas materias que ofrecen una complejidad menor para su comprobación y para la decisión de los conflictos que sobre ellas se presenten”, concluyendo que se trataría de un “arbitraje atípico, aunque con las esencias mínimas para que se pueda seguir utilizando este concepto” [Calvo Ortega (2001a 27; 2001b 163)].

Otros autores, en cambio —entre cuyos planteamientos podría inscribirse nuestra propia propuesta— lo plantearon con carácter voluntario, ya que, en palabras de Cruz Padial, “las consecuencias que se derivan del principio de legalidad hacen que el arbitraje tributario esté sujeto a las prescripciones normativas y a la voluntariedad en el sometimiento al mismo” [Cruz Padial (1999a) p. 27; (1999b) p. 7].

Según afirma González-Cuéllar Serrano, el carácter tasado “de las causas por las que los intervinientes pueden acudir al juez tras haberse producido el arbitraje puede suponer una limitación al acceso a la jurisdicción. En consecuencia, el arbitraje debe establecerse como una alternativa al recurso, de forma que el ciudadano pueda optar por cualquiera de las dos vías, esto es, la convencional o la interposición del recurso administrativo y, en su caso, el contencioso administrativo” [González-Cuéllar Serrano (1997) p. 31].



Una postura diferente fue la propuesta del profesor Ferreiro Lapatza, quien partía, en su planteamiento, de introducir la técnica arbitral en el seno del procedimiento abreviado ante órganos unipersonales de la reclamación económico-administrativa creado por la LGT. En concreto, dicho autor proponía “utilizar la vía de los órganos unipersonales combinando las tareas arbitrales con la técnica conciliatoria” (2003, p. 19), de manera que, cuando se presentara el escrito de interposición *se podrá solicitar* la celebración de un acto de conciliación que podrá finalizar “con la determinación de la deuda o con el sometimiento al arbitraje del órgano unipersonal que haya intervenido en el procedimiento de todas o algunas de las cuestiones controvertidas”. De tal modo, parece que la solicitud del acto de conciliación y, por ello mismo, del eventual arbitraje, al poder ser instado en el escrito de interposición de la reclamación, se configuraría como voluntario para el particular, aunque el mismo autor también planteó la posibilidad de que el acto de conciliación “fuese impuesto a las partes por el Tribunal cuando del examen del expediente se desprendiese la conveniencia de esta medida” [(2003) p. 19].

También en ocasiones se limitaba el objeto de la controversia a someter a arbitraje por razón de la materia o de su cuantía. Nos referimos a la postura defendida, además de Cruz Padial y García Calvente [(2002) p. 12], por el profesor Calvo Ortega, quien entiende aplicable el arbitraje a “materias y aspectos conflictivos que permitiesen una más fácil verificación y decisión” [Calvo Ortega (2001b) pp. 163 y 164].

En cuanto al tipo de arbitraje, González-Cuéllar Serrano se mostró partidaria de la aplicación de un arbitraje institucional, al entender que “la administración del arbitraje y la designación de los árbitros se encomendará voluntariamente a un órgano, cuyo único límite en el cumplimiento de su función sería el respeto al principio de colegialidad, nombrando tres árbitros” [González-cuéllar Serrano (1997) p. 41].

Por su parte, el profesor Calvo Ortega propuso la aplicación de un arbitraje unipersonal. Este autor parte, en su teoría, de la posibilidad de establecer, para aquellas materias que ofrecen menor complejidad, un recurso ante el árbitro tributario y, contra su laudo, recurso ante el Juez de lo Contencioso-Administrativo. En su opinión, la Ley debería instaurar un arbitraje “unipersonal, permanente, con árbitros seleccionados en un concurso público, forzoso y con una competencia material también determinada legalmente” [Calvo Ortega, 2001a, 30].

Por nuestra parte, en aquellos momentos propusimos implantar un arbitraje tributario *de Derecho*, de carácter *voluntario para el particular y obligatorio para la Administración*, *alternativo* por lo general *a la reclamación económico-administrativa* y cuyo objeto estaría constituido por el *mismo objeto* que, en su caso, tuviera la reclamación a la que sustituyera, sin limitarlo por razón de la materia ni de la cuantía. El *laudo* emitido (de obligado cumplimiento para las partes) *no podría ser recurrible en vía judicial para revisar el fondo del asunto*, sino sólo por motivos tasados [Vicente-Arche Coloma, 2005 151].

No obstante lo anterior, y a pesar de las valiosas aportaciones que, desde diferentes sectores se realizaron en aquella primera etapa, lo cierto es que llegado el momento de la definitiva aprobación de la vigente LGT, nuestro legislador decidió incluir, como adelantábamos con anterioridad, algunas reformas en los procedimientos de las reclamaciones económico-administrativas, desechando la posibilidad planteada por diferentes sectores



de introducir el arbitraje tributario. Fue la primera ocasión, pero no la última, en que se ha descartado implementar la reforma de gran calado que hubiera supuesto la implantación de una figura tan novedosa como el arbitraje en materia tributaria en España.

En aquellos momentos se optó por introducir el *procedimiento abreviado ante órganos unipersonales* en las reclamaciones económico–administrativas para determinadas materias (regulado en los arts. 245 a 248 LGT), y que podría decirse, en nuestra opinión, que es lo que más podría asemejarse a un arbitraje unipersonal en materia tributaria y que fue objeto de reforma por la Ley 34/2015, dejando dicho procedimiento únicamente para asuntos de pequeña cuantía.

Siguiendo el orden cronológico en nuestra exposición, puede decirse que, tras la aprobación y entrada en vigor de la LGT —en la que no existe rastro normativo alguno acerca del arbitraje tributario—, el interés por la implantación de dicha figura desapareció. No obstante, ello fue así hasta que en 2012 volvió a resurgir con fuerza aquella idea de introducir el arbitraje como medida para resolver los conflictos surgidos entre la Administración y los particulares con ocasión de la aplicación de los tributos.

La implantación en el año 2011 del arbitraje tributario en Portugal promovió que en noviembre de dicho año la AEDAF y la Asociación Iberoamericana para el Arbitraje Tributario (AIBAT) organizaran una Jornada en Madrid sobre el Arbitraje tributario, tomándose ya como referencia la experiencia de Portugal en este ámbito y la posible implantación de dicha institución en Brasil.

Asimismo, la elaboración en 2013 de algunas propuestas por parte de sectores empresariales reclamando su implementación, así como la publicación en 2015, por parte de la Fundación Impuestos y Competitividad, de una *Propuesta para la implementación de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español, con especial referencia al arbitraje*, constituyen buena muestra de que el tema siguió suscitando un elevado interés en nuestro país [Vid. Círculo de empresarios: Una reforma fiscal para consolidar el crecimiento y recuperar la confianza y el empleo, 2016]

En particular, dicho estudio propone la implantación de un arbitraje *de Derecho* como un procedimiento alternativo a las reclamaciones económico–administrativas y, en su caso, del recurso contencioso–administrativo, a través de un procedimiento en el que se respeten los principios de capacidad técnica, imparcialidad e independencia de los árbitros.

Asimismo, se plantea la existencia de órganos arbitrales prefijados y determinados conforme a unas normas establecidas de antemano, y que dichos órganos (al menos en la Administración general del Estado) se integraran en el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, adscribiéndose a la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos. Para asuntos de pequeña cuantía (inferiores a 600 €), se plantea la posibilidad de dotar de funciones arbitrales al Consejo para la Defensa del Contribuyente; órgano colegiado integrado en dicho Ministerio y adscrito a la citada Secretaría de Estado.

En cualquier caso, los árbitros deberían ser especialistas de reconocido prestigio en el ámbito tributario después de haber superado el correspondiente concurso público [Martínez Micó; Serrano Acitores y Chico de la Cámara (2015) pp. 223 ss].



En el mismo sentido indicado se ha venido planteando con posterioridad la posible implementación del arbitraje como método heterocompositivo de resolución de conflictos en el ámbito tributario, basando la propuesta en que los principios de eficacia en la actuación de la Administración, de seguridad jurídica, así como los de proporcionalidad, simplificación y practicabilidad “ponderan con mayor intensidad frente a otros intereses en conflicto (en forma de objeciones) que pueden advertirse” y que son perfectamente superables en base a la normativa vigente [Chico de la Cámara, 2017 52 y 53].

Por tanto, y pese a que el legislador español no ha implementado el arbitraje tributario, ni en el año 2003 con ocasión de la aprobación de la vigente LGT, ni en las puntuales reformas que se han llevado a cabo en la misma con posterioridad, lo cierto es que siguen existiendo motivos suficientes que pueden avalar la posible implantación de dicha técnica en el ámbito tributario. Y en este sentido, la experiencia de Portugal puede ser positiva de cara a un futuro planteamiento por parte de nuestro legislador del arbitraje tributario en España. Como tendremos ocasión de comprobar, los años transcurridos allí, y la experiencia acumulada a lo largo de los mismos pueden constituir un valioso referente para establecer las bases sobre las que cimentar el establecimiento de dicha figura en nuestro país. En breve retomaremos esta cuestión.

Incluso, podría decirse que se ha rechazado de manera expresa la aplicación del arbitraje en materia tributaria, al excluir del ámbito de aplicación del arbitraje institucional, en la reforma de la LGT operada en 2015, a las controversias que tuviesen su origen en cuestiones relativas a la aplicación del sistema tributario o aduanero y las relativas a procedimientos cuya gestión estuviese encomendada a la Administración Tributaria. Específicamente, la DA 1ª de la Ley 34/2015 determina que lo establecido en la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, no resultará de aplicación a las controversias que tuviesen su origen en cuestiones relativas a la aplicación del sistema tributario o aduanero y las relativas a procedimientos cuya gestión estuviese encomendada a la Administración Tributaria.

En el año 2019 parecía existir una cierta inclinación a la posible implementación de la técnica arbitral en el ámbito tributario, dado que el periódico *El Economista* publicó el 12 de agosto una noticia titulada *Hacienda impulsará el arbitraje fiscal de empresas para reducir los litigios*, según la cual se estaba estudiando “potenciar el arbitraje tributario para las empresas como medio para superar el actual atasco en los juzgados económico-administrativos y en los juzgados y tribunales de Justicia”, para lo cual, se planteaba “como primer paso, la posibilidad de crear una corte de arbitraje tributario para las grandes empresas que han ratificado el Código de Buenas Prácticas”.

III. MARCO LEGAL BÁSICO DE LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS CONVENCIONALES EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO EN ESPAÑA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE

EN la actualidad, podrían considerarse mayoritarias las opiniones de quienes entienden acertado introducir, en mayor o menor medida, las denominadas técnicas convencionales o transaccionales en los procedimientos tributarios. Hoy en día, tanto la



indisponibilidad de la obligación tributaria, como el principio de legalidad aplicable en dicho ámbito, no se consideran, con carácter general, como obstáculos que puedan prohibir o limitar válidamente la posible introducción de dichas técnicas en nuestro sistema tributario.

La institución arbitral constituye, como es sabido, un método heterocompositivo de resolución de conflictos intersubjetivos, caracterizado por la intervención de un tercero ajeno a las partes que resuelve el litigio con efectos idénticos a la cosa juzgada.

Dicha técnica se desenvuelve a través de tres momentos. En el primero de ellos —la formalización del convenio arbitral— es donde se manifiesta el consentimiento de las partes en orden a someter la controversia —surgida o que pueda surgir— a la resolución de un tercero [Guasp Delgado (1953) p. 77]. Esa exteriorización del consentimiento, llegado el caso de su implantación, revelaría a la técnica arbitral como modalidad perteneciente a las *técnicas convencionales* aplicadas al Derecho tributario.

La utilización de tales técnicas en el Derecho público es cada vez más habitual, constituyendo una nueva forma de actuación administrativa, desligada del tradicional concepto de actividad unilateral, en la que el desarrollo y finalización de los procedimientos se realiza a través de fórmulas consensuales en las que interviene, activamente, la voluntad de las partes —esto es, la Administración y el particular— [Vicente-Arche Coloma (2002) pp. 183 ss.].

En nuestro país se ha venido reconociendo la posibilidad de que la voluntad de las partes pueda intervenir en la esfera pública de nuestro ordenamiento, siendo los vigentes arts. 86 y 112.2º Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) los que, en la actualidad, regulan tal posibilidad.

En este sentido, el primer artículo de los indicados permite la celebración de acuerdos, pactos, convenios o contratos entre las Administraciones públicas y los ciudadanos, mientras que el segundo de ellos ya concreta la posibilidad de sustituir los recursos sustanciados en vía administrativa “por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y *arbitraje*”, dando entrada con ello a la posibilidad de implementar medidas de carácter convencional como alternativa a los recursos sustanciados en vía administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, existen también otros preceptos en nuestro ordenamiento que prevén, tanto a nivel internacional como interno, la posibilidad de someter a arbitraje las disputas surgidas, específicamente, en el ámbito tributario en España.

En el primero de los planos indicados, hay que tener en cuenta que el apartado 5 del art. 25 del Modelo de Convenio de la OCDE —incluido en la revisión efectuada en 2008—, posibilita acudir al arbitraje como forma de resolver las controversias que se suscitan en el marco de la fiscalidad internacional. E igualmente, también en un plano internacional cabría recordar la Convención multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, cuya parte VI prevé un procedimiento arbitral ante la existencia de este tipo de conflictos transfronterizos.



Pero también en el ámbito puramente interno, que constituye el objeto de nuestro trabajo, contamos con diferentes ejemplos normativos de admisión de la técnica arbitral en el ámbito jurídico-público. Por un lado, los arts. 23 y 24 Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA) contemplan la constitución de una Junta Arbitral que resolverá los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de tributos cedidos.

Y por otro, el art. 116 Ley 47/2003, General Presupuestaria (en adelante, LGP) establece el sometimiento a arbitraje en los conflictos que se planteen respecto de los avales que garanticen operaciones de crédito exterior. Incluso, hay que tener en cuenta que el art. 7.3º de esa misma Ley dispone que *no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno*.

De conformidad con el contenido de esta última norma, puede comprobarse que, en determinados ámbitos, no sólo no se prohíbe el sometimiento a arbitraje de las contiendas que se susciten en torno a los derechos de la Hacienda Pública estatal, sino que únicamente se condiciona a su realización mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno.

A la luz de la normativa que acaba de exponerse, cabe concluir afirmando que la institución arbitral no es del todo desconocida para el ordenamiento tributario español, estando prevista su aplicación en ciertos casos y con determinados requisitos o condiciones.

Además, podría decirse que, en la actualidad, ya han quedado atrás las teorías que vetaban la implantación de este tipo de técnicas basándose en el principio de indisponibilidad de la obligación tributaria o del principio de legalidad que debe presidir cualquier actuación administrativa, tal y como veremos con posterioridad.

IV. EXIGENCIAS PREVIAS A LA ADMISIBILIDAD DEL ARBITRAJE TRIBUTARIO: SU COMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE INCIDEN EN LA MATERIA

DESDE hace años se han venido planteando diversos obstáculos a la implementación del arbitraje tributario en el ordenamiento jurídico español fundamentados, en esencia, en el contenido de determinados principios que afectan a distintos ámbitos de la disciplina [*vid.* Vicente-Arche Coloma (2005) pp. 32 ss].

Tal es el caso, en primer término, del principio de tutela judicial efectiva. Según dispone el art. 24 .1º CE, *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*, estableciendo, en su apartado segundo, un elenco de



garantías procesales que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no deben identificarse con el genérico derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el primer inciso de dicho precepto, ya que se trata de cuestiones distintas, aunque obviamente relacionadas [*vid.* SSTC 12 de julio de 1982 y 1 de julio de 1997].

Configurado de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho constitucional fundamental, el mismo goza, conforme a la jurisprudencia del Alto Tribunal, de un contenido complejo, comprendiendo, en esencia, los siguientes derechos, a saber: el derecho de acceso a los Tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho que sea congruente con lo solicitado; el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; así como el derecho a los recursos previstos en la Ley; a los cuales cabría añadir el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como una garantía complementaria de aquél.

Pues bien, consideramos que, cuando las partes en conflicto acuerdan libremente someter su controversia a arbitraje, no renuncian a la tutela efectiva (Vicente-Aarche Coloma, 2023 61), sino que se limitan a ponerse de acuerdo para “utilizar una vía alternativa al proceso jurisdiccional” (Roca Martínez, 1992 168). El arbitraje constituye, en palabras del Tribunal Constitucional, “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada” [FJº 5º de la STC 62/1991, de 22 de marzo].

Por ello, estimamos que la posibilidad de implementar el arbitraje, como medio para solucionar conflictos intersubjetivos en el ámbito tributario, no conculcaría ni el derecho de acceso a un procedimiento que resuelva la controversia, ni —tratándose de arbitraje de derecho— la posibilidad de obtener una resolución sobre el fondo del asunto, fundada en derecho, que sea congruente con lo solicitado, como tampoco vulneraría la ejecución de la resolución emitida —laudo arbitral—, puesto que tiene efectos de cosa juzgada.

No obstante, el mayor inconveniente que podría surgir en este ámbito es el relativo a la posible limitación del derecho a los recursos legalmente establecidos. A este respecto, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, establece, en su art. 41.1º, seis motivos que fundamentan la acción de anulación del laudo, debiendo sustanciarse en vía judicial. Pero éste no puede recurrirse, con carácter general, para volver a examinar el fondo del asunto, sino que la revisión se limitará a comprobar si concurren las causas antedichas, en cuyo caso se procederá a la anulación del laudo arbitral.

Pese a lo anterior, lo cierto es que tampoco se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este aspecto, ya que, en primer término, el derecho a los recursos establecidos en la Ley no tiene —salvo en el orden penal— vinculación constitucional, por lo que no existe obligación de revisar el fondo del laudo arbitral, sino que basta con la posibilidad de anularlo cuando concurren las causas determinadas en la Ley. Es decir, que tal y como manifiesta Roca Martínez, “ha sido intención del legislador evitar que en vía jurisdiccional se revise el contenido del laudo; cualquier interpretación en ese sentido, aunque legítima, (...) iría contra el espíritu de la ley” (Roca Martínez, 1992 169).



Así lo mantuvo el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de noviembre de 1996, en la cual manifiesta que “no cabe entender que, por el hecho de someter *voluntariamente* determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que *el acceso a la jurisdicción legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral*” (en el mismo sentido al indicado, puede consultarse la Sentencia de 23 de noviembre de 1995), así como la de 30 de abril de 1996. De acuerdo con ello, el mencionado Tribunal entiende que, siempre que el sometimiento de un litigio a arbitraje sea *voluntario*, el hecho de que sólo se instituya la anulación del laudo arbitral por motivos tasados no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, la utilización de la técnica arbitral puede ser beneficiosa —y así lo ha constatado la doctrina (Zornoza Pérez, 1996 176; González-Cuéllar Serrano, 1997 15; Cruz Padial, 1999a 16 y 17; 1999b 3 y 4; Suberbiola Garbizu, 2021 94)— en aras a la salvaguarda del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; derecho que, como hemos indicado, complementa el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. Ante la actual situación de la conflictividad en el ámbito tributario, caracterizada por la sobrecarga de asuntos y la tardanza en su resolución, podría ser muy conveniente la instauración de medidas que, como el arbitraje, pudieran coadyuvar a reducir la litigiosidad en el ámbito tributario.

De conformidad con las cuestiones precedentemente apuntadas, consideramos que el principio de tutela judicial efectiva no constituye un límite para la implementación de la técnica arbitral en nuestro ámbito. En primer lugar, porque no se vulneraría el derecho de acceso al proceso, debido a que, en el caso en que la Administración y el obligado tributario acordaran que la solución al conflicto se resolviera mediante la fórmula arbitral, las partes no renuncian a la resolución del mismo, sino que lo único que acuerdan es que sea examinado, en vez de a través de los cauces tradicionales de los recursos administrativos, por la vía arbitral. Y, en segundo término, porque la resolución que se obtuviera —en el caso del laudo emitido en derecho— sería sobre el fondo del asunto, fundada en derecho, congruente con lo solicitado por las partes, ejecutable y con los efectos de cosa juzgada, con la posibilidad, establecida legalmente, de anularla por concurrir motivos tasados; cuestión esta última que no constituiría un impedimento a su implementación, siempre que el arbitraje se instituyera con carácter voluntario.

En definitiva, estimamos que la posibilidad de implantar el *arbitraje tributario* no goza de limitaciones o prohibiciones adicionales a las que puede tener esta figura en otros ámbitos de nuestro ordenamiento, como así lo ha destacado un sector de nuestra doctrina, al indicar que “implantar mecanismos compositivos no supone limitar la protección judicial, puesto que ello contravendría los arts. 24 y 106 de la Constitución, sino que pretenden ser un complemento de las garantías judiciales, para de esta forma dar satisfacción a las pretensiones de los administrados y alcanzar de forma indirecta un mejor funcionamiento de la propia justicia” (Cruz Padial, 1999a 17).



Incluso, ante la duda de si el monopolio jurisdiccional que ejercen los Jueces y Tribunales previsto en el art. 117.3º de nuestra Constitución pudiera constituir un obstáculo a la implementación de esta figura, hay que tener en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional lo ha interpretado en el sentido de prohibir el arbitraje forzoso, en la medida en que puede vulnerar el ejercicio de la función jurisdiccional, pero nada obsta para que, establecido el procedimiento arbitral de manera voluntaria, las partes decidan someterse al mismo para resolver la controversia. En su opinión, el derecho de las partes a un proceso adecuado y al del Juez competente puede venir predeterminado “no sólo por la Ley, sino por obra del principio de autonomía de la voluntad de los particulares, a quienes dicha Ley permite optar, renunciando a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros particulares” (STC 43/1988, de 16 de marzo).

Aplicando dicho planteamiento a la posible implantación del arbitraje en materia jurídico-pública, debemos traer a colación las palabras de López Menudo, quien, a nuestro juicio acertadamente, manifiesta que “si, en definitiva, la Ley 36/1988 ha institucionalizado el Arbitraje superando la dicción literal del art. 117.3º CE (...) ningún impedimento habría en principio para extender la misma solución a un arbitraje destinado a resolver controversias jurídico-administrativas” (1999 12).

Por lo tanto, entendemos, junto con otros autores (Suberbiola Garbizu, 2021 94 y 95), que podrán existir otro tipo de limitaciones a la implantación del arbitraje en materia de solución de controversias jurídico-públicas, pero no creemos que una de ellas sea, precisamente, el contenido del art. 117.3º de nuestra Constitución, siempre y cuando el arbitraje se instaure, como hemos visto, con carácter voluntario.

En el mismo sentido, la sujeción de la actividad administrativa al control de legalidad de los Tribunales prevista en el art. 106.1º CE tampoco constituiría un límite a la posible implementación del arbitraje en la esfera tributaria. En principio, podría pensarse que los actos emanados de la Administración sólo pueden revisarse en vía jurisdiccional, quedando reservada la competencia de control de la actuación administrativa a los Jueces y Tribunales españoles, lo que conllevaría implícitamente la imposibilidad de sustraer tales facultades a los mismos y encomendárselas a un órgano resolutorio diferente, cual puede ser el arbitral.

Sin embargo, tal y como ya hemos manifestado con anterioridad (Vicente-Arche Coloma, 2023 77 y 78), en la actualidad el mencionado precepto suele interpretarse en el sentido de que el mismo impide la existencia de actividad administrativa *exenta de control jurisdiccional*, pero ello no empuja para que se ofrezcan vías *complementarias* a la solución de conflictos surgidos entre la Administración y los ciudadanos, como puede ser el establecimiento de procedimientos arbitrales que enjuicien la actividad administrativa, siempre y cuando tal vía tenga carácter opcional.

De tal forma, la actividad administrativa no quedaría excluida de *cualquier* control, sino más bien de un control *propiaamente jurisdiccional* —al realizarse a través de la vía arbitral—; pero ello no es óbice para que se obtenga una resolución motivada, sobre el fondo del asunto, emitida con las mismas garantías procesales que las contempladas en el proceso jurisdiccional. Si el acceso al procedimiento arbitral se configura, tal y como ha



determinado nuestro Tribunal Constitucional, con carácter voluntario, y el mismo permite un control equivalente al jurisdiccional de la actuación administrativa, estimamos que dicha previsión no conculcaría el art. 106.1 de la Constitución.

V. EN CONCRETO, LA DISPONIBILIDAD DE LA MATERIA Y SU COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

ES sabido que la doctrina científica, de manera prácticamente unánime, coincide en apuntar la conveniencia de utilizar las denominadas técnicas *convencionales* en diferentes fases de los procedimientos tributarios (Ramallo Massanet, 1995 82; Serrano Antón, 1996 58; González-Cuellar Serrano, 1998 102; Cruz Padial, 1999^a 19 y 20; 1999b 5; Ferreiro Lapatza, 2002 10), sobre todo en aquellos ámbitos donde existe un margen de discrecionalidad (Moreno Fernández, 1998 48; Navarro Egea, 2002 31; Ferreiro Lapatza, 2003 14) o una incertidumbre (Zornoza Pérez, 2003 362 y 363).

Es cierto que, en el marco de la obligación tributaria, está vetada la intervención de la voluntad de las partes —Administración y obligado tributario— para modificar alguno de los elementos sustanciales de la misma —que siempre deben acatar lo dispuesto en la Ley—, pero ello no impide la manifestación del consentimiento de cualquiera de ellas en la determinación o concreción de alguno de sus aspectos no sometidos al principio de legalidad.

Serán viables, por tanto, los pactos, acuerdos o convenios que, en el marco del tributo, se dirijan a *especificar cuestiones sobre las que exista una incertidumbre* —por ejemplo, cuantificar algún elemento de la base imponible en relación al valor de mercado— o *un conflicto*, utilizando vías alternativas a la emisión del acto administrativo unilateral o a la resolución que ponga fin a un recurso administrativo tributario.

Es en el ámbito de la *resolución de conflictos*, donde se desenvolvería el arbitraje como posible medio de solución de los litigios producidos en materia tributaria y donde tampoco se puede esgrimir, hoy en día, el principio de indisponibilidad de la obligación tributaria o de legalidad para vedar su establecimiento en nuestro ordenamiento, sino que únicamente exige que sea determinado por Ley, tal y como han venido afirmando diferentes autores (Falcón y Tella, 1996 259; Serrano Antón, 1996 106; González-Cuellar Serrano, 1997 26 a 28; Cruz Padial, 1999a 29).

Calvo Ortega considera que “nada tiene que ver la indisponibilidad de situaciones tributarias con el sometimiento a arbitraje de las controversias fiscales” [Calvo Ortega, 2001a 31 n. 17]. Al contrario, en su opinión, el arbitraje conlleva “que las mismas partes de la obligación o la ley en el caso del arbitraje obligatorio establezcan que un conflicto entre ellos deba ser resuelto por un árbitro. Pero no hay disposición. Las partes, por el contrario, han mantenido hasta el último momento, hasta el laudo, sus pretensiones; es decir, su confrontación; sin ceder (sin disponer) un ápice” (Calvo Ortega, 2001b 154).



Nos mostramos de acuerdo con el precitado autor en que, en esta materia, el arbitraje tributario no entra en contradicción con el principio de indisponibilidad de la materia tributaria, sencillamente porque este último no rige en el ámbito de aplicación de la figura objeto de estudio. En nuestra opinión (Vicente-Arche Coloma, 2005 48 ss), una cosa es que la obligación tributaria, sus elementos esenciales, su nacimiento, así como las reglas para su correcta aplicación, sean materias reservadas a la Ley —quedando excluida, por tanto, la intervención de la voluntad de las partes—, y otra muy distinta es que, ante la existencia de una controversia entre la Administración y el obligado tributario, ambos sujetos decidan encomendar su resolución a un tercero —árbitro—.

Consideramos que “cuando las partes deciden, prestando su mutuo consentimiento, que la resolución del caso se lleve a cabo mediante el procedimiento arbitral, no están disponiendo de ningún elemento de la obligación tributaria, ni esencial ni de cualquier otro tipo, simplemente eligen, en vez de la vía administrativa de recurso, el procedimiento arbitral” (Vicente-Arche Coloma, 2005 54 y 55).

Sin embargo, lo anterior no significa que no deba acatarse lo dispuesto en la Ley, dado que Administración y obligado tributario se encuentran sometidos, en sus actuaciones, a su mandato; por ello, sólo será válida la sujeción al procedimiento arbitral cuando así venga reconocido legalmente.

Ésta es la fórmula utilizada en la actualidad en el art. 7.3º LGP —en la que, como hemos visto, no se prohíbe el sometimiento de controversias a arbitraje, sino que se condiciona al cumplimiento de determinados requisitos— y es la que debería adoptar nuestro legislador si finalmente acordara su introducción en nuestra Ley General Tributaria. Debería ser una norma legal, específicamente tributaria, la que introdujera dicha posibilidad en nuestro ordenamiento, regulando sus elementos esenciales, dejando en manos de la norma reglamentaria su desarrollo normativo (Vicente-Arche Coloma, 2005 55 a 57).

VI. UN POSIBLE PUNTO DE PARTIDA: EL ARBITRAJE TRIBUTARIO VOLUNTARIO DE PORTUGAL COMO MODELO

LA principal experiencia de Derecho comparado de la que pueden extraerse algunas conclusiones y propuestas viables, es la constituida por la implantación del arbitraje tributario en Portugal en el año 2011, como una vía de solución de controversias configurada como alternativa a los recursos y reclamaciones en materia tributaria y sobre la que ya hemos efectuado un estudio previo (Vicente-Arche Coloma, 2020 81 ss).

Originariamente, fue la Ley de Presupuestos para 2010 —Ley nº 3-B/2010, de 28 de abril de 2010— la que previó por primera vez la posibilidad de implantar el arbitraje tributario en Portugal, cuyo art. 124.1 expresamente autorizaba al gobierno portugués a legislar sobre la implantación del arbitraje como sistema alternativo de resolución de disputas en materia tributaria, con el objetivo de reforzar la protección de los derechos y



garantías de los contribuyentes. Dicho arbitraje, según el ap. 3 del mencionado precepto, se configuraba como un “derecho potestativo de los contribuyentes”.

Ahora bien, de manera definitiva, la aprobación del arbitraje en materia tributaria en Portugal se produjo mediante la aprobación del Decreto-Ley nº 10/2011, de 20 de enero (en adelante, LAT), que es la norma que establece el marco regulador básico del arbitraje tributario en dicho país.

Los objetivos que se pretendían lograr con su establecimiento son, según el preámbulo de dicho Decreto-Ley, fundamentalmente tres: reforzar la tutela jurídica de los derechos e intereses legalmente protegidos de los obligados tributarios; imprimir una mayor celeridad en la resolución de litigios en materia tributaria; así como reducir los casos pendientes en los Tribunales.

Con la experiencia acumulada desde su implantación, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que tales objetivos se han visto cumplidos, ya que, por una parte, la media de duración en la resolución de los procedimientos arbitrales se encuentra en 4,5 meses (la duración máxima del proceso es, en principio, de 6 meses), habiendo entrado desde su implantación en 2011 hasta mayo de 2024 cerca de 9.500 procesos, de los cuales 1.064 ingresaron en 2023, constituyendo una cifra histórica, al representar un incremento en un 31,36 % respecto del año anterior [datos extraídos del Informe anual sobre el funcionamiento del Arbitraje Tributario del año 2023 elaborado por el Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), p. 3]. Por otro, con la implementación de tal proceso, el número de casos que han llegado a los Tribunales estatales se ha visto reducido, por lo que la implantación del arbitraje en nuestro país vecino está arrojando un resultado altamente positivo.

Ahora bien, y dado que el arbitraje tributario se configuraba como un derecho potestativo de los contribuyentes, la vinculación de la Administración tributaria debía hacerse de manera escalonada a través de una Orden de los Ministerios de Finanzas y Administración Pública y de Justicia (art. 4 LAT); vinculación que se llevó a cabo mediante la Orden Ministerial nº 112-A/2011, de 22 de marzo.

De esta manera, el arbitraje tributario en Portugal se configura como una *oferta pública de arbitraje* que efectúa el Estado, con carácter general y permanente, a todo contribuyente, de modo que será éste quien decida, una vez surgido el litigio, si el conflicto se resuelve a través de la vía de los tribunales estatales o si acude al arbitraje tributario.

Por lo tanto, puede comprobarse que el arbitraje tributario en dicho país se configura con carácter *voluntario* para el particular (que podrá elegir entre ambas vías de resolución) pero *obligatorio* para la Administración, que deberá someterse en todo caso a la vía elegida por el contribuyente a la hora de resolver el conflicto surgido en materia tributaria.

Nos encontramos, pues, ante lo que constituye un *derecho potestativo* otorgado a los obligados tributarios, en su verdadero sentido técnico-jurídico. Si los derechos potestativos podrían definirse, siguiendo a Díez-Picazo y Gullón, como una categoría de “poderes jurídicos, por virtud de los cuales su titular queda facultado para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas, y todo ello



mediante una unilateral declaración de voluntad y sin que frente a la misma corresponda una verdadera obligación de otro sujeto, sino más bien un Estado de sujeción” (2012 405 y 406), consideramos que el arbitraje tributario en Portugal aparece configurado como un derecho potestativo en sentido propio.

El punto de partida del arbitraje tributario portugués reside en la concesión de un derecho potestativo al contribuyente, en virtud del cual éste puede optar —una vez surgido el conflicto— por acudir a la vía arbitral de manera unilateral y, sin que, frente a dicha actuación, el otro sujeto —esto es, la Administración tributaria—, sea titular de una verdadera obligación, sino que aquélla se encuentra en una situación de sujeción frente a la conducta del particular.

A la hora de emitir un juicio sobre la estructura del arbitraje tributario portugués, en principio nos parece muy oportuno el modo en que se ha articulado, pues entendemos que la nota de la voluntariedad es consustancial a toda institución arbitral, ya sea en el ámbito privado del ordenamiento jurídico donde se desenvuelva el conflicto intersubjetivo, ya sea en el jurídico-público, como sucede en el presente caso.

Ya afirmamos en estudios previos sobre esta materia (Vicente-Arche Coloma, 2005. 90 a 98; 2017, 684 ss) que consideramos que la voluntariedad debe ser algo consustancial a la institución arbitral, sobre todo si tenemos en cuenta que, con posterioridad, el laudo arbitral emitido no va a poder ser objeto de recurso posterior en vía jurisdiccional, por lo general, para revisar el fondo del asunto. En tal situación, y para que no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del particular, el arbitraje debe configurarse como de voluntario acceso al mismo para el particular, aunque de modo obligatorio para la Administración, o mejor dicho, para los órganos de la Administración que hubieran efectuado tal oferta de adhesión.

En el caso de Portugal, la vinculación de la Administración tributaria se efectuó a través de la Orden 112-A/2011, en virtud de la cual se someten a la Jurisdicción de los Tribunales arbitrales, los siguientes órganos de la Administración estatal: la *Direcção-Geral dos Impostos* (DGCI) y la *Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo* (DGAIEC) —en la actualidad, se trata de la *Autoridade Tributária e Aduaneira* en base al art. 12 del Decreto Ley 118/2011, de 15 de diciembre—, siempre que el litigio sea inferior a 10.000.000 € (arts. 1 y 3.1 Orden 112-A/2011), quedando en manos del obligado tributario la decisión de, ante la existencia del litigio, solventarlo a través de los recursos y reclamaciones estatales o mediante la vía arbitral.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

LLEGADOS a este punto, tan sólo nos resta efectuar algunas breves reflexiones finales, a modo de conclusión, sobre la viabilidad de la implantación del arbitraje tributario en España y proponer algunas ideas en su posible (aunque improbable a estas alturas) configuración legal.



Como primera premisa, nada obsta dicha posibilidad, pues como hemos podido comprobar, ni el principio constitucional de tutela judicial efectiva, ni los de indisponibilidad de la obligación tributaria —que no operan, como hemos visto, en este plano— ni de legalidad en materia tributaria, constituyen límites que puedan vetar el establecimiento de la institución arbitral en nuestro ordenamiento tributario.

Por otra parte, acabamos de ver que todavía hoy sigue despertando un gran interés la posible implantación del arbitraje tributario en España. Los argumentos que desde hace más de quince años se han venido esgrimiendo para su introducción, siguen plenamente vigentes, ya que tanto el número de conflictos generados en el ámbito tributario, como el retraso en la resolución de los recursos, así como el excesivo número de casos que llegan a los Tribunales, entre otros motivos que cabría citar, siguen aconsejando la introducción de fórmulas alternativas que reduzcan la litigiosidad en materia tributaria en España.

De entre ellas, el arbitraje tributario de Portugal y la experiencia acumulada en aquel país a lo largo de estos años pueden constituir un referente muy válido para establecer las bases sobre las que cimentar el establecimiento de dicha figura en España.

Siguiendo dicho modelo, nuestro legislador podría implantar —a través de una norma de rango legal— un arbitraje tributario que fuera *voluntario* para el particular, pero de carácter *obligatorio* para la Administración tributaria y cuyo laudo no fuera recurrible en vía judicial, con carácter general, para revisar el fondo del asunto, sino únicamente por motivos tasados.

Sólo el tiempo dirá si lo que se ha venido planteando a lo largo de los últimos quince años desde diferentes sectores a nivel empresarial, profesional y doctrinal sigue siendo un planteamiento teórico, o si, por el contrario, dicha posibilidad se torna en una propuesta real, de factible aplicación en la práctica en nuestro país, coadyuvando de esta manera, a solventar la situación de la conflictividad tributaria en España.

BIBLIOGRAFÍA

- AEDAF, “Conclusiones de la Asociación Española de Asesores Fiscales sobre el Informe de la Comisión para el estudio y propuestas de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria”. TT, nº 53, 2001.
- AEDAF, “Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales al Anteproyecto de Ley General Tributaria”, TT, nº 60, 2003.
- CALVO ORTEGA, R. (2001a), “Litigiosidad fiscal y arbitraje tributario”, *Impuestos*, nº 15–16, agosto 2001.
- CALVO ORTEGA, R. (2001b), “En defensa del arbitraje tributario”, *CT*, nº 100, 2001.
- CHICO DE LA CÁMARA, P., “Hacia una nueva cultura de resolución de conflictos en la esfera del Derecho público mediante el uso de las ADR (Alternative Dispute Resolution)”. En VVAA. *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)*. Dirigido por Pablo Chico de la Cámara, Madrid, INAP, 2017.



- CRUZ PADIAL, I. (1999a), «¿Es posible el arbitraje tributario?». *Impuestos*, nº 11, 1999.
- CRUZ PADIAL, I. (1999b), “El arbitraje tributario: una opción de futuro en la terminación convencional de procedimientos”, *Ca T*, nº 310, abril 1999.
- CRUZ PADIAL, I. y GARCÍA CALVENTE, Y., “Arbitraje tributario: su posible viabilidad”, *QF*, nº 8, abril 2002.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- FALCÓN Y TELLA, R. “El arbitraje tributario”, *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, IEF–Marcial Pons, 1996.
- FERREIRO LAPATZA, J.J., “Resolución extrajudicial de conflictos tributarios”, *QF*, nº 3, febrero 2002.
- FERREIRO LAPATZA, J.J., “Solución convencional de conflictos. en el ámbito tributario: una propuesta concreta”. *QF*, nº 9, 2003.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L., “El arbitraje en el Derecho tributario”, *RCEF*, nº 167, febrero 1997.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L., *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*, Madrid, Colex, 1998.
- GONZÁLEZ PELAYO, A., “Análisis de las causas de litigiosidad fiscal en el sistema tributario español. Planteamiento de propuestas para la reducción de la conflictividad tributaria”, *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)* (P. Chico de la Cámara, dir.) Madrid, INAP, 2017.
- GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en Derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona, Bosch, 1953.
- LAGO MONTERO, J.Mª, “Del estado actual de la litigiosidad y sus causas determinantes. La escasa mutabilidad de los factores que la generan”. En VVAA. *Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios* (J.M. Lago Montero, dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho público”, *Justicia Administrativa*, nº 2, 1999.
- MARTÍNEZ MICÓ, G.; SERRANO ACITORES, A. y CHICO DE LA CÁMARA, P., “Una propuesta para introducir el arbitraje en el ordenamiento tributario español”, *Una propuesta para la implementación de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español, con especial referencia al arbitraje*. Ed. Fundación Impuestos y competitividad-e praxis, Madrid, 2015.
- MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La discrecionalidad en el Derecho tributario*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998.
- NAVARRO EGEA, M., “El ‘acuerdo’ como solución convencional en los procedimientos de aplicación de los tributos”, *Impuestos*, nº 21, 2002.
- RAMALLO MASSANET, J., “La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias”, *CT*, nº 76, 1995.
- RAMALLO MASSANET, J., “La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias”, *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, IEF–Marcial Pons, 1996.
- ROCA MARTÍNEZ, J.M., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, Bosch, 1992.
- SERRANO ANTÓN, F., *La terminación convencional de procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales*, Madrid, Asociación Española de Asesores Fiscales, 1996.



- SUBERBIOLA GARBIZU, I., *El arbitraje tributario. Preguntas y respuestas para el debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- VVAA. (2001), *Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General tributaria*, Madrid, Ministerio de Hacienda, 2001.
- VVAA. (2003), *Informe de la Comisión para el estudio del Borrador de Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria*, Ministerio de Hacienda, 2002.
- VICENTE-ARCHE COLOMA, P., *Los acuerdos previos de valoración en el IRPF*, Madrid, Edersa, 2002.
- VICENTE-ARCHE COLOMA, P., *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*, Madrid Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- VICENTE-ARCHE COLOMA, P., “El arbitraje tributario voluntario de Portugal y su posible traslación al Ordenamiento español”. *Conflictos actuales en Derecho Tributario*. (I. García-Ovies Sarandeses, J. Pedreira Menéndez y B. Sesma Sánchez, dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- VICENTE-ARCHE COLOMA, P., “Luces y sombras en el arbitraje tributario. Análisis de la experiencia en Portugal”, *Civitas, REDF*, nº 185, 2020.
- VICENTE-ARCHE COLOMA, P., “Perfiles constitucionales y legales del arbitraje en materia tributaria”, *El arbitraje en materia tributaria*. (F.A. García Prats, dir.), Valencia Tirant lo Blanch, 2023.
- ZORNOZA PÉREZ, J.J., “¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho tributario español”, *Convención y arbitraje en el Derecho tributario*, Madrid, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ZORNOZA PÉREZ, J.J., “Convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho tributario español: análisis desde el Derecho comparado”, *Alternativas convencionales en el Derecho Tributario*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003.



Autenticidad y arbitraje en las compraventas de obras de arte. Algunos casos prácticos

I. AUTENTICIDAD Y ARBITRAJE EN LAS COMPRAVENTAS DE OBRAS DE ARTE

LOS vértices sobre los que pivota el Derecho de arte afectan fundamentalmente al derecho de propiedad, la posesión, el patrimonio, el coleccionismo, la circulación, el mercado y la restitución de obras de arte expoliadas, aspectos que se encuentran íntimamente relacionados entre sí.

Se advierte de inmediato que la perspectiva transversal e integradora que representa el derecho del arte constituye una amalgama de conocimientos y experiencias que transitan del Derecho privado civil y mercantil al derecho público constitucional y administrativo, estatal y autonómico, extendiéndose al derecho internacional privado, al derecho penal y a otras ramas del ordenamiento jurídico.

La penetración del arbitraje en el sistema del arte como medio alternativo y extra-judicial de resolución de conflictos se enfrenta de entrada con la profunda pigmentación jurídico-pública que caracteriza a las operaciones que tienen por objeto obras de arte, en particular cuando afectan a bienes pertenecientes o susceptibles de pertenecer al patrimonio histórico. Los bienes culturales, en particular, la pintura, la escultura y las artes plásticas en general, son bienes muebles que pueden transmitirse mediante simple tradición a través de operaciones cuyo rastro documental a veces consiste en una mera factura, sin un marco legal ni contractual que regule los derechos y garantías de las partes, con dudas que se extienden desde el título del vendedor hasta la protección de los derechos del artista, la frecuencia de las adquisiciones *a non domino*, la coexistencia de ventas civiles, mercantiles ordinarias y ventas en subasta pública, y sin la previsión de un sistema experto específico de resolución de controversias. A todo ello se une la drástica eliminación de los conflictos de Derecho público del ámbito del arbitraje y de la mediación a pesar de algunos tímidos intentos del legislador dirigidos a flexibilizar tal situación.

La autenticidad, la originalidad, la cesión de derechos de explotación, la valoración, el *provenance* –licitud de las cadenas de transmisión de las obras–, la exportación, la importación, la transmisión de la propiedad, la custodia, la modificación sobrevenida de las



condiciones del contrato, la cobertura efectiva de las pólizas de seguro, son, entre otras muchas, temáticas habituales en los conflictos del sector.

Si nos trasladamos de los conflictos legales de Derecho privado a los de derecho público, los escenarios potencialmente litigiosos no son menores. La Ley de Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985, de 25 de junio) y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, así como las leyes de patrimonio artístico de las Comunidades Autónomas, regulan una larga lista de potestades administrativas que intervienen decisivamente en la propiedad y, sobre todo, en el tráfico jurídico de pinturas, esculturas y demás modalidades de obras de arte, hasta el extremo de que se puede afirmar que, en nuestro país, el mercado del arte es un sector tan regulado como los sectores estratégicos de la economía. La legislación establece el derecho de adquisición preferente de la Administración General del Estado como consecuencia de las ofertas irrevocables de venta en todas las solicitudes de exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español (PHE) así como los derechos de tanteo y retracto en las enajenaciones de bienes declarados de interés cultural (BIC) o incluidos en el Inventario General, en favor del Estado o, supletoriamente, de la Comunidad Autónoma competente. En estos casos, la valoración de la obra de arte podría ser perfectamente objeto de arbitraje —si la ley lo permitiera— cuando la Administración competente y la propiedad del bien discrepen. Lo mismo sería aplicable a la dación de obras de arte en pago de impuestos prevista en la legislación de patrimonio histórico, así como en la normativa específica de diversos tributos tanto de ámbito estatal como autonómico y, con mayor grado de complejidad, a las controversias relativas a la restitución de bienes incautados ilícitamente. Desarrollemos más estos dos últimos aspectos:

- El pago en especie —en este caso, la dación de obras de arte— para la satisfacción de deudas tributarias es una figura de aplicación muy restringida en nuestro país a diferencia de otros de nuestro entorno en los que el hecho cultural como factor de identidad nacional y de progreso no se encuentra precisamente en la cima de las prioridades políticas de nadie. La legislación tributaria española —estatal y autonómica— admite la dación tanto en la imposición directa —IRPF e Impuesto de Sociedades— como en la indirecta —Transmisiones Patrimoniales, Sucesiones y Donaciones— así como en el Impuesto de Patrimonio, y en el vigente Impuesto de solidaridad de grandes fortunas. La legislación española adolece sin embargo de una serie de sesgos restrictivos: la dación solo funciona cuando un museo o centro público exprese su interés en una determinada obra o colección, la valoración de las obras ofrecidas en pago es realizada de forma unilateral por la propia Administración y la decisión de la admisión o rechazo de la oferta depende de las autoridades de Hacienda y no de las de Cultura. La valoración conjunta —valor cultural y valor material— de la obra a través de un sistema convencional de peritaje a modo de mediación o de arbitraje experto si es necesario acreditar la autenticidad de la obra, servirían para agilizar los procedimientos en interés de todos.
- La restitución de bienes culturales procedentes del expolio nazi o de los expolios bélicos y coloniales en general abre un campo nuevo al Derecho en el que institutos tradicionales del ordenamiento —como la prescripción adquisitiva, la



extintiva, la posesión *ad usucapionem* o la reactivación de las acciones procesales— se reinventan para adaptarse al mundo y las sensibilidades de la segunda década del siglo XXI. El principio general —recogido ya en varios instrumentos convencionales con el carácter de derecho dispositivo— es que deben retornar al propietario legítimo originario los bienes que fueron en algún momento objeto de privación ilegal —no necesariamente delictiva— o, en su defecto, generar el derecho a un reembolso indemnizatorio de carácter subrogatorio. Es evidente que en los próximos años la política cultural y diplomática de los países occidentales continuará siguiendo la pista y definiendo medidas reparatorias para el tráfico ilícito de bienes culturales procedente de confiscaciones, incautaciones de sesgo político, colonialismo, compraventas forzosas, operaciones simuladas, saqueos, pillajes, depósitos y restituciones irregulares o los bienes desaparecidos como esos pecios españoles que habitan las profundidades de todos los océanos. La jurisdicción difícilmente puede absorber esta clase de conflictos. La experiencia de la justicia estadounidense en el célebre asunto familia Cassirer *versus* Fundación-Museo Thyssen-Bornemisza —que comentamos más adelante— no puede resultar más desalentadora. La diplomacia cultural solo se activa en contadas ocasiones y con enorme lentitud.

Los conflictos jurídicos en materia de arte comprenden, pues, una amplia gama de temas, como:

- Disputas relacionadas con la autenticidad de las obras de arte: venta de piezas de arte falsas o falsificadas o reproducciones y réplicas no autorizadas
- Reclamaciones de restitución de tesoros nacionales y bienes culturales protegidos
- Conflictos por infracción de derechos de autor
- Cadenas de controversias de títulos como consecuencia de transmisiones preferentes
- Disputas sobre los derechos de participación de los artistas
- Conflictos sobre préstamo, depósito, comodato, pignoración, financiación, transporte, conservación y seguro de obras de arte
- Controversias relacionadas con la integridad o el deterioro de las obras
- Reclamaciones relacionadas con la venta, donación, sucesión hereditaria o división de condominios de objetos de arte
- Conflictos entre herederos y copropietarios de obras de arte
- Disputas relacionadas con la venta de obras de arte digitales, como *tokens* no fungibles (NFT) y obras creadas a través de la inteligencia artificial, entre otros;

En casi todos los supuestos, se trata de controversias muy específicas y altamente técnicas que, frecuentemente, revisten dimensión internacional. Los temas conflictuales son numerosos pero la jurisprudencia de Derecho privado resulta en nuestro país —no así en aquellos en que se ubican los grandes centros internacionales del mercado del arte, Reino Unido y Estados Unidos, todavía a gran distancia de los demás— resulta escasa y,



en ocasiones, contradictoria. Como ejemplo baste citar las sentencias que en materia de falta de autenticidad de la pieza vendida en subasta pública o en establecimiento mercantil como galerías o anticuarios eximen de toda responsabilidad al comerciante –incluso en el caso de infracción de deberes de diligencia profesional elementales– o aplican la prescripción de la acción reivindicatoria a pesar de la doctrina de la *actio nata*, con el resultado, en ambos casos, de la imposibilidad para el propietario de anular el negocio jurídico. No menos halagüeño resulta para el titular la impugnación de actos administrativos limitativos de derechos como la denegación del permiso de exportación o la declaración BIC de la obra. De forma reiterada –y con alguna excepción, que indicamos más adelante– tanto los Tribunales Superiores de Justicia como la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo, en su caso, se muestran sistemáticamente favorables a la confirmación de las resoluciones de la Administración. Seguimos a la espera de que una modificación legislativa que reduzca el ámbito de discrecionalidad amplísimo de que gozan el Estado y las Comunidades Autónomas en estas materias o bien un fallo judicial de naturaleza internacional –como ha sucedido en otros países europeos– inicie una etapa nueva en este escenario de sobreregulación y discrecionalidad que pudo tener sentido en otro momento pero que actualmente hace que el mercado del arte en España resulte escasamente atractivo para los coleccionistas. Entre tanto, exploramos después algunos espacios posibles para la resolución extrajudicial de conflictos en las esferas de intersección del Derecho administrativo y el arte.

En el caso de los conflictos de Derecho privado, la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo) es obviamente aplicable sin cortapisa alguna como lo es la Ley de Mediación (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), más allá en el primer caso de la causa de anulación del laudo arbitral por contradicción con el orden público (art. 41.1º.f) LA).

De las instituciones arbitrales especializadas –a las que cabría sumar las secciones *ad hoc* en las Cortes arbitrales generalistas– hay que mencionar en primer lugar a la Oficina Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI/WIPO) –Servicio de Resolución Alternativa de Conflictos para el Arte y el Patrimonio Cultural–, una Corte consolidada en la esfera de los derechos de autor en todas sus modalidades, incluidos los derechos morales y los de explotación económica de las obras de arte y la propiedad intelectual de las imágenes y reproducciones, pero su actuación en otros campos del Derecho de Arte y Patrimonio no es conocida.

Más recientemente, la creación en 2018 de la Tribunal de Arbitraje para el Arte (*Court of Arbitration for Art*, CAfA), ubicado en los Países Bajos, es parte de la tendencia mundial de crear instituciones arbitrales especializadas, como el Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS). Esta institución arbitral proporciona reglas de arbitraje diseñado específicamente para disputas de arte, incluidas las cuestiones relacionadas con la autenticidad de un objeto de arte. El foco está en soluciones interdisciplinarias para las cuales un grupo de árbitros especializados, mediadores y expertos se está construyendo, con la participación no solo de abogados, sino también de especialistas en el comercio del arte y expertos técnicos capaces de comprender asuntos no legales intrínsecamente vinculados a las disputas sobre el arte. Otras instituciones arbitrales especializadas son la *Camera Arbitrale di Milano* y la *Camera Arbitrale di Venezia*. Aún es pronto para evaluar el funcionamiento de estas cortes

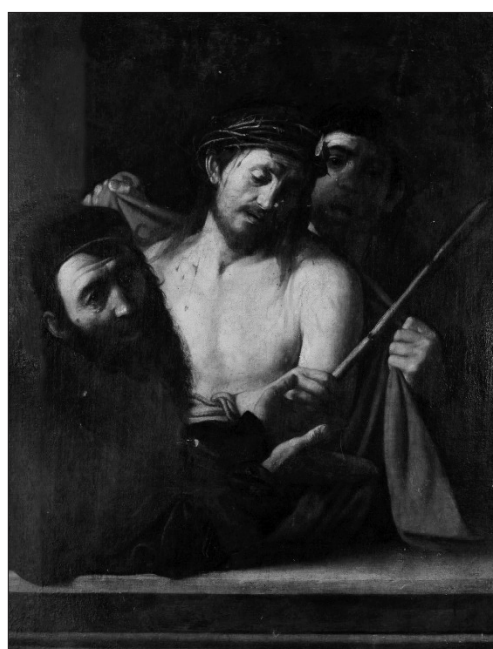


de nueva creación, amén de la dificultad de la poca información que hoy por hoy contiene la información que publican.

En España se han celebrado en los últimos años dos Congresos internacionales sobre Arbitraje y Arte: La I Conferencia de Arbitraje y Mediación en Arte y Patrimonio Cultural que tuvo lugar en la Corte de Arbitraje de Madrid en 2018 y la organizada en el seno del III Seminario de Arbitraje Internacional en Bilbao el año 2019, con participación del autor como promotor en el primer caso y como ponente en el segundo. Sin embargo, el escrutinio que para la elaboración del presente texto hemos efectuado sobre los procedimientos arbitrales institucionales desarrollados en nuestro país desde 2018 pone de manifiesto que ninguno de ellos ha tenido por objeto exclusivo o principal una cuestión de propiedad o de carácter contractual relativa a obras de arte, en particular, artes plásticas, sin perjuicio de que pueda haber tenido lugar algún arbitraje *ad hoc* que desconozcamos.

Una de las cuestiones fundamentales de Derecho de Arte es la verificación de la autenticidad de las obras de arte en el contrato de compraventa, materia de singular idoneidad para la solución extrajudicial de los conflictos legales (Mateo de Ros, 2019, 2021 y 2024).

La autenticidad de la obra de arte antiguo está vinculada a su origen histórico y a su estado de conservación. En muchos casos, el proceso de restauración es determinante para decidir si la pieza es un original del autor. Así ha sucedido con el *Ecce Homo* de Michelangelo Merisi, el Caravaggio, el “durmiente” reaparecido en una colección particular de Madrid en 2021 y hoy en propiedad privada, aunque cedido temporalmente y expuesto en el Museo Nacional del Prado.



Caravaggio: *Ecce Homo* (1606–1609). Colección particular



¿Quién debe asumir la responsabilidad de la atribución de una obra que está a la venta? La Si el vendedor es un comerciante del ramo que representa a la propiedad, la investigación de la procedencia de la obra –*provenance*– y de su estado de conservación –*condition report*– le incumbe de forma especial. Se debe acreditar el título de propiedad –o al menos, el de posesión–, la documentación de la obra, los certificados de expertos o cualquier otro hito documental que ayude a confirmar la autenticidad de la autoría y la antigüedad de la obra o la fecha de su incorporación a la colección o propiedad del titular, tales como catálogos de exposiciones, prestamos o comodatos o imágenes o cualquier dato o documentos fiables. El comerciante diligente debe tratar de completar la información que suministre la propiedad. Si no lo hace, podría incurrir en responsabilidad ante terceros. En contemporáneo y si se trata de artistas consagrados suele existir un ente –legado, sucesión, fundación, asociación– que asume la expedición de certificados de autenticidad, aunque no gozan de la exclusividad ni la infalibilidad que a veces se les atribuye.

En muchos casos, la obra se presenta tal cual en su materialidad de objeto físico sin antecedentes, documentos ni registros previos. Ante tamaño riesgo –mayor en las compraventas civiles, las que celebran particulares sin la intervención de un profesional o con su solo asesoramiento– la eficacia del devengo del pago y de la transmisión de la propiedad quede sujeta a una serie de condiciones suspensivas o precedentes que deben reflejarse como cláusulas esenciales del negocio jurídico. Estas son algunas de ellas: las declaraciones –*warranties*– de la parte vendedora, con especial atención a las facultades de los representantes de personas jurídicas o de condominios que exigen la unanimidad para los actos de disposición; la obtención de permiso de exportación definitiva si la obra lo requiere conforme a la LPHE; y la caducidad o renuncia del derecho de adquisición preferente de la Administración del Estado y/o de la Comunidad Autónoma competente en el caso de bienes declarados BIC o inventariados. Sobre el riesgo de falta de autenticidad, la mejor garantía es que la compraventa se cierre con la aportación de uno o varios informes de expertos, que conviene anexas al texto principal del contrato, que acrediten un consenso lo más amplio posible de los expertos –en la obra o en el autor– sobre la historia externa –*provenance*– y la autoría de la obra. Los informes de expertos deben comprender el análisis histórico y documental de la obra y la evolución de sus propietarios o poseedores a lo largo del tiempo.

De ese modo, la carga de la prueba de ausencia de autenticidad o atribución falsa de la obra se desplaza de la parte vendedora a la adquirente. Asimismo, puede convenirse un límite indemnizatorio máximo y debe pactarse un plazo para el ejercicio de las acciones de anulación del contrato –por cualquier causa: falta de consentimiento, de objeto, de causa o incumplimiento por el vendedor comerciante de sus deberes de verificación e información.

Por supuesto., es preciso verificar –*validation*– el informe de restauración, en su caso, y el estado de conservación de la pieza a través del informe –*condition report*– correspondiente antes y después del proceso de ejecución de la operación, e incluso durante el mismo si existe un calendario aplazado de pagos. También es fundamental el análisis legal: la consulta previa a los registros existentes sobre obras robadas, expoliadas o perdidas; los informes de legalidad –*legal opinión*– pertinentes y las restricciones contractuales de las acciones de reclamación (plazo de caducidad y fundamento exclusivo en fraude o error sustancial y objetivo en la información facilitada por la parte vendedora no susceptible de



haber sido detectado, según el estado del arte, en el momento de la firma del contrato). En un asunto resuelto recientemente en primera instancia, hemos visto como una obra que perteneció históricamente al patrimonio de la Corona española ha sido declarada fuera del comercio a pesar de haber salido en el siglo XIX de la Corona y del Estado. En este asunto será la casa de subastas demanda por el Estado la que tendrá que demostrar que la obra perdió su carácter de patrimonio público de forma lícita y que el actual propietario tiene un título legítimo, lo que según los hechos relatados en el fallo parece difícil de demostrar. Lo mismo puede suceder en cualquier adquisición *a non domino* si la usucapión no es aplicable –por ejemplo, si el poseedor no lo es a título de dueño como en las restituciones a propietarios de obras de arte incautadas en la guerra civil española y depositadas en diferentes organismos públicos– y la prescripción extintiva de la acción procesal se ve relegada en virtud de la doctrina de la *actio nata*.

Por último, hay que tener en cuenta las garantías económicas del pago. Cuando el precio ha sido aplazado y está sujeto al cumplimiento de condiciones suspensivas, es habitual que la parte compradora consigne un depósito –*scrow account*– que se libera a favor del vendedor cuando se cumplen las condiciones. Son también frecuentes las cláusulas de penalización. Por ejemplo, la que impone al vendedor el pago de una indemnización modulada en función del precio de la compraventa en caso de incumplimiento imputable a aquel, y al comprador una compensación equivalente, pongamos por caso, del doble del precio cuando el incumplimiento se deba a su conducta dolosa o negligente, algo casi imposible fuera del ámbito comercial.

Las obligaciones principales del transmitente consisten precisamente en garantizar la autenticidad de la obra, su estado de conservación, el deber privado de prevención de blanqueo de capitales –*know your client*– y, en su caso, comunicación o denuncia si es una venta comercial y la entrega –*delivery*– en la fecha y lugar previsto. A todo ello se añaden, en este caso de forma recíproca, la confidencialidad, la prohibición o limitación de la cesión del contrato y el arbitraje o jurisdicción, que son asimismo cláusulas esenciales en una compraventa de valor.

En tanto no exista una jurisprudencia o una doctrina arbitral consistente en la materia, las circunstancias del caso pueden resultar favorable al vendedor o al comprador, al propietario o al poseedor cual ya parece, de entrada, aleatorio salvo que en este último recaiga la condición de profesional del sector, lo cual ya parece, de entrada, injusto salvo que en este último recaiga la condición de profesional del sector. Si nos referimos a operaciones de precio elevado, del mismo modo que el comerciante vendedor está sujeto a un conjunto de deberes, el adquirente –aunque se trate de un consumidor final y la venta sea pública– debe desarrollar una diligencia debida en relación con los elementos fundamentales de la operación: test de autenticidad, test de legalidad material, test de legalidad formal, test de conservación y tasación de la obra.

La cuestión de la autenticidad puede extrapolarse a otros negocios jurídicos: el prestatario, el depositario, el acreedor pignoraticio, los anticuarios, galeristas y casas de subastas deberían preocuparse no solo del origen de los fondos que gestionan sino también de la veracidad de la autoría.



La atribución incierta de la autoría de una obra de arte plástica existirá siempre, sobre todo en las piezas antiguas –por simplificar, las anteriores al siglo XIX o incluso al XX– amen de las cuestiones de autenticidad del arte contemporáneo gráfico, las imágenes fotográficas o el arte generado digitalmente. Los catálogos de las casas de subasta e incluso las denominaciones de los actos administrativos sobre denegación de permisos de exportación o declaraciones de bienes de interés cultural, entre otros, están llenos de expresiones ambiguas: atribuido, atribuible, taller de, seguir de, escuela de, según tal autor y otras, de más a menos, similares. La constatación de que tal clase de referencias pueden confundir a los potenciales compradores bien por exceso –asignar a la obra un precio de oferta o de salida desproporcionado– o por defecto –como ha ocurrido en el caso del Ecce Homo de Caravaggio descubierto en Madrid en 2021– sugiere la necesidad de una mayor regulación y control sobre las casas de subastas y galerías de arte.

Es imposible conseguir la seguridad jurídica absoluta en la compraventa de una obra de arte anteriores al siglo XX, pero las cláusulas de garantía permiten reducir notablemente el riesgo legal.

En el ámbito del Derecho público, se pueden localizar algunos espacios para la resolución extrajudicial de controversias:

- La mediación *de facto*, la conciliación o la negociación no están -ni pueden estar- prohibidas. Existen. La conciliación podría vincularse incluso a la institución de la satisfacción extraprocesal de la demanda o de la falta sobrevenida del objeto del litigio.
- La Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre (reformada), 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, prevé -aunque con carácter subsidiario- la sumisión a arbitraje en los contratos que las Administraciones españolas celebren en el extranjero con empresas extranjeras (Disposición adicional primera, puntos 2 y 3). Por otro lado, el art. 11 de la misma Ley incluye entre los negocios o contratos excluidos los “*relativos a servicios de arbitraje y conciliación*”. El obstáculo no se encuentra, por tanto, en la legislación de contratación pública cuanto en las limitaciones que en materia de transacción sobre bienes públicos se establecen en la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre) y en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre). Y su art. 19.2º.e) primero señala que

“no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes (...): 1º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las entidades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”.
- La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, además de modificar la Ley de Arbitraje, regula el arbitraje institucional en



la Administración General del Estado, esto es, las controversias jurídicas internas en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

- El art. 112.2º de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre), se refiere expresamente a los medios alternativos a los recursos administrativos:

“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo”.

- Por su parte, el art. 86 de la misma Ley 39/2015, regula, como sabemos, la terminación convencional del procedimiento administrativo en los siguientes términos:

- “1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.
2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.
3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.
4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos.
5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el art. 34 LRJSP de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”.

II. ALGUNOS CASOS PRÁCTICOS

1. *La Dama de oro. Mrs. Altman vs. República de Austria*

La dama (o mujer) de oro –conocido también como *Retrato de Adele Bloch-Bauer I*– es el *leading case* idóneo para entender la importancia de derecho en general, y del arbitraje internacional en particular, en la restitución de bienes expropiados. Es un exponente claro



de las ventajas del arbitraje sobre la jurisdicción en los conflictos internacionales más complejos sobre propiedad y *provenance* de obras de arte.

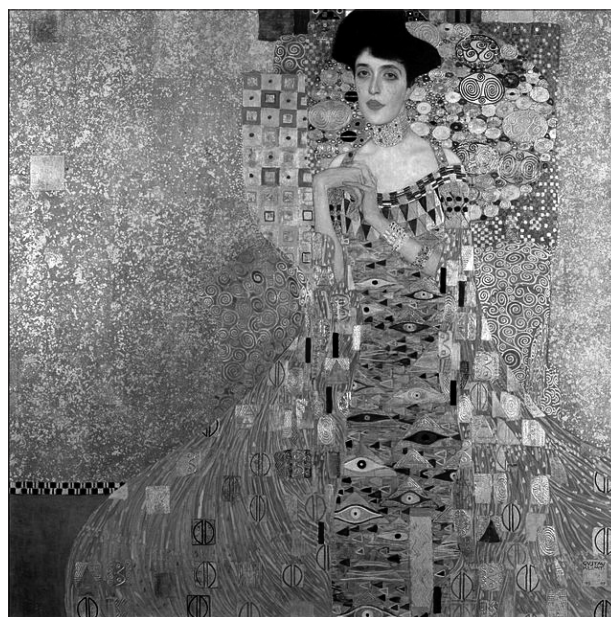
Como heredera de la propiedad del soberbio cuadro pintado por Gustav Klimt (1862–1918), la Sra. Altmann (1916–2011) denunció la adquisición de la obra por parte del Estado austriaco en el contexto del nacionalsocialismo. En 1925 murió Adèle Bloch–Bauer, modelo y copropietaria de varios cuadros de Klimt. En su testamento había requerido que su esposo considerara transmitir los cuadros al Estado austriaco. Lo que hizo en 1936 precisamente con el que nos ocupa. Los cuadros restantes fueron confiscados. Ferdinand Bloch–Bauer huyó de su país aquel año y murió en 1945. Su testamento legaba los cuadros a sus sobrinas. En 1999, la demanda de Altmann fue rechazada por el Comité de Restituciones austriaco y su primera propuesta de arbitraje quedó sin éxito. La demandante no acudió al sistema judicial austriaco por causa su alto costo, dependiente del valor de la demanda. Altmann demandó entonces la restitución por el perjuicio derivado de la expropiación, delante de las cortes estadounidenses, dado que se vendían libros y catálogos en Estados Unidos con las fotografías de las pinturas que estaban en el Museo del Belvedere de Viena. Era el *ius gestionis*, que la doctrina internacionalista califica de excepción a la inmunidad soberana de los Estados. El Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró la admisibilidad de la demanda y la jurisdicción de sus tribunales. Pero las partes decidieron en 2005, someterse a un tribunal arbitral en vez de continuar el juicio. El tribunal, compuesto por árbitros austriacos rigurosamente independientes fallo a favor de la demandante. La Sra. Altman convino con el empresario norteamericano Lauder la venta de *La mujer de oro*, joya de la actual Neue Gallery, un museo privado propiedad de la familia Lauder, situado cerca del Metropolitan Museum de Nueva York y especializado en arte y mobiliario de la época de la Secesión vienesa.

El caso ilustra muy bien la importancia del undécimo principio de la Conferencia de Washington de 1998 sobre expolio y restitución de obras de arte robadas que fomenta el arbitraje como uno de los mecanismos alternativos de resolución de controversias:

- *Reducción de costos y tiempo*: La señora Altmann, como tantos otros, llevaba años esperando a recuperar los bienes de su propiedad. Por otra parte, la demandante no tenía extensos recursos económicos. Es poco probable que el Estado austriaco tuviera el mismo interés en un pleito corto y rápido
- *Confidencialidad*: El asunto ya tenía suficiente publicidad como para que se resolviera finamente en un proceso judicial público. El arbitraje era la mejor fórmula para que la decisión estuviera en manos de especialistas independientes que pudieran actuar con discreción.
- *Neutralidad y flexibilidad*: Para Austria, el mayor beneficio del arbitraje fue la posibilidad de elegir un tribunal arbitral –en este caso, constituido *ad hoc*– y evitar el riesgo de parcialidad de las cortes estadounidenses. El atributo principal del arbitraje *ad hoc* es la gran libertad de las partes para personalizar el proceso. En todo caso, las reglas UNCITRAL (Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) ofrecen garantías fundamentales de procedimiento.



- *Reconocimiento y ejecución:* ¿Para qué tener un proceso rápido, económico, neutral y flexible si no tiene fuerza ejecutoria? El executur por los tribunales locales puede ser difícil de obtener y la recuperación de obras de arte es un proceso generalmente internacional. La ventaja última del arbitraje internacional es el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales a nivel internacional gracias a la Convención de Nueva York de 1958.



Gustav Klimt: *La dama (o mujer) de oro* (1907)

2. *El asunto Bouvier y el Salvador Mundi atribuido a Leonardo da Vinci*

El *Bouvier Affair* encierra un elevado número de reclamaciones judiciales en diferentes jurisdicciones: Mónaco, Suiza, Francia, Estados Unidos, Hong Kong y Singapur, que comenzaron en 2015 y han llegado hasta 2024.

El caso que aquí nos interesa es la demanda penal interpuesta por el oligarca ruso Dmitry Rybolovlev contra el marchante de arte suizo Yves Bouvier que fue también uno de los promotores del polémico concepto de los *freeports* de arte, por posible fraude consistente en el abuso en el cobro de comisiones de compra por su intermediación como agente del magnate.

En diciembre de 2023 las partes alcanzaron un acuerdo para desistir de todos los casos judiciales pendientes en los diferentes tribunales.



El caso encierra una causa subyacente: la autenticidad y el paradero de la obra atribuida a Leonardo que fue finalmente subastada por el ruso en Christie's Nueva York y adjudicada a un jeque árabe por precio de 450 millones de dólares más las comisiones de la casa de subastas. Rybolovlev la había adquirido en 2015 en Sothebys por 125,7 millones de dólares de manos de Bouvier que la compró en 2012 por 80 millones de dólares.

La atribución al genio del Renacimiento italiano ha sido fuertemente discutida. En la retrospectiva dedicada a Leonardo por la National Gallery de Londres en 2011, *El Salvador Mundi* fue expuesto en un lugar secundario en comparación con obras seguras del maestro como *La dama del Armiño* o *la Virgen de las Rocas*. La obra aparecía desgastada en el rostro de Cristo y aunque es obra del círculo leonardesco casi ningún experto se atrevió a afirmar entonces que original del maestro. La presencia en la exposición de Londres supuso sin embargo un espaldarazo a la autenticidad de la pieza y posiblemente contribuyó de forma decisiva al éxito de la subasta que se celebraría poco después. Se dijo que el nuevo propietario iba a convertirla en la joya de la nueva franquicia del Museo del Louvre en Dubai pero lo cierto es que no ha vuelto a ser expuesta en público. Al parecer, el propietario intentó /sin duda con la misma finalidad de legitimar la autoría, que se exhibiera en el Louvre junto a la *Gioconda*, otra pretensión fallida. En 2024 el mundo del arte sigue sin saber dónde se encuentra *El Salvador Mundi*, la pieza más cotizada de pintura antigua de toda la historia.

El caso *Bouvier* ha sido ampliamente seguidos por los medios de comunicación y las publicaciones especializadas de todo el mundo. Se trata de un ejemplo indudable de sobreexplotación del arte por móviles exclusivamente financieros.

Una obra de dudosa autenticidad aparecida en extrañas circunstancias y sin un *provenance* histórico solvente, que se vende y se revende a un precio exorbitante incluso para un *Leonardo* autentico, en cuyo proceso de venta interviene un intermediario comercial de dudosa reputación que percibe una comisión fuera de mercado, así como dos prestigiosas casas de subastas que obtienen sus correspondientes comisiones, sin que nadie se haya pronunciado seriamente sobre la autenticidad de la obra. Y, la guinda del pastel, el último propietario de la pieza es, que sepamos, un jeque árabe cuya identidad no ha sido verificada, el cual mantiene el cuadro en un lugar desconocido fuera del público y el control de las autoridades. Suficientes razones para repensar en su integridad el funcionamiento del mercado y del sector del arte a todos los niveles.





Atribuido a Leonardo da Vinci: *Salvator Mundi* (1490–1500)

3. *Los casos fin de jornada de Sorolla y Retrato De Clérigo atribuido a Velázquez*

Fin de jornada es un importante lienzo de Joaquín Sorolla, que obtuvo de la Administración del Estado permiso de exportación con derecho a venta en 2009. El plazo –entonces de un año, ahora de dos– no fue aprovechado por la propiedad –una de las ramas de los sucesores del artista valenciano– y el óleo permaneció en España. Cuando en 2016 se volvió a instar la exportación, el Ministerio de Cultura resolvió denegarla a pesar de que en la ocasión precedente los informes del Museo Nacional Del Prado y del Museo (estatal) Sorolla habían dictaminado su respectivo *nihil obstat* en relación con la exportación definitiva de la pieza.

La STSJ Madrid (STSJM) de 12 de junio de 2019 confirmó el acto administrativo en base a un argumento inaceptable: que los informes de expertos de la Administración tienen, en caso de duda, un valor superior –una presunción de validez pericial más elevada– que los aportados por el recurrente al procedimiento, a pesar de que en este caso los dos informes de la propiedad habían sido emitidos por las mejores especialistas en la obra del gran pintor valenciano. El TSJM no se limitó a calificar a la obra como poseedora de un “valor más relevante” como establece la LPHE en relación con la definición –extremadamente vaga– de los bienes del patrimonio histórico que contiene la



ley, sino que incurrió en el desliz de descartar las periciales del recurrente sin confrontar los informes de las partes ni instar una pericial judicial. La ya famosa STS 17 de febrero de 2022 estimo nuestro recurso de casación y restableció la doctrina de la “igualdad de armas” en el procedimiento contencioso–administrativo que de forma tan flagrante había vulnerado el TSJM, decretando que el procedimiento volviera a la sede del TSJM. El resto de la historia –aunque aún inacabada– resulta decepcionante. La STSJM 21 de julio de 2022 es una repetición, casi mimética, de la dictada por el mismo órgano judicial en 2019, sin más cambios que algunas correcciones en la motivación de la decisión, incluida la supresión de aquella presunción de preeminencia de los informes de los funcionarios públicos. Aunque el nuevo recurso de casación formulada contra la última sentencia ha sido inadmitido en 2023, nos quedan dos valiosos legados de la STS 17 de febrero de 2022: la supresión de la supuesta presunción de las periciales administrativas y la duda, incluso, de que los informes emitidos por los funcionarios, siendo la Administración parte del procedimiento, puedan calificarse de verdaderas pruebas periciales ya que existe un conflicto de intereses latente en quienes dictaminan, salvo que se trate de expertos de Museos nacionales que aun dependiendo en última instancia del Ministerio de Cultura poseen autonomía orgánica y funcional.



Joaquín Sorolla: *Fin de jornada* (1906). Colección particular.

Un asunto parecido, aunque referido a la declaración por parte de la Comunidad de Madrid de una obra como BIC, es el que afecta a un supuesto lienzo de Velázquez, *Retrato de clérigo* –título no documentado– cuya autenticidad resulta más que dudosa para la actual historiografía del arte. De nuevo, el TSJM en sentencia de 9 de marzo de 2023 da por bueno el informe administrativo que sitúa el valor histórico de la obra en su pertenencia a la retratística madrileña del siglo XVII –una calificación genérica que de ningún modo contempla la LPHE– e insiste en la preferencia de la “pericial administrativa” –otra vez, interna del Ministerio, sin participación de expertos de ningún Museo nacional– frente a la pericial privada y, en esta ocasión además, pasa por alto el hecho de que la Comunidad de Madrid decidió incoar el expediente de declaración BIC casi tres años después de



haber sido denegada la petición de exportación y declarada la prohibición de exportación como medida cautelar de carácter provisional cuya prolongación durante tal periodo de tiempo resulta manifiestamente contraria a los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima. El Tribunal Supremo ha admitido a trámite el recurso de casación que está tramitándose en estas fechas.

En ambos asuntos –*Fin de jornada* de Sorolla y *Retrato de clérigo* atribuido a Velázquez– el arbitraje u otro procedimiento extrajudicial hubieran ahorrado a las partes disgustos, dilaciones, publicidad y dinero.



Atribuido a Velázquez: *Retrato de clérigo* s/f.

4. El Galeón San Jose

El principio de inmunidad jurisdiccional de los Estados se puede calificar como una costumbre vinculante de Derecho internacional y ha tenido reconocimiento en la jurisprudencia de EE UU en los famosos casos, todos ellos referentes a buques de guerra de bandera española hundidos en el pasado, de las fragatas *Juno* y *La Galga* (2001) y *Las Mercedes* (2009).

En 1708, junto con el *San Joaquín* y otros navíos de la flota española, zarpó de Cartagena de Indias hacia Portobelo, el *San José*, buque insignia de la Armada española, fue cargado con lingotes, monedas de oro y plata, además de otras mercancías; todo con un



valor total de 11 millones de pesos de la época. La flota fue atacada por buques ingleses y se hundió con su cargamento en la Batalla de Barú (actual mar de Colombia)

Los restos del galeón fueron descubiertos en 2015 por investigadores colombianos en las costas cercanas a Cartagena de Indias. La posición del Gobierno español es que se trata de un “barco de Estado”, y no de titularidad privada, lo cual hace que esté protegido por la inmunidad soberana. “La inmunidad soberana sobre el buque implica que ningún Estado pueda tomar una decisión unilateral sobre lo que afecte al buque sin la conformidad del Estado de bandera”. Se trata además de un “cementerio marino” en el que estarían sepultados los restos de cerca de 600 marineros españoles

A partir de la Convención de la UNESCO de 2 de noviembre de 2001 sobre el Patrimonio, los pecios de valor histórico son declarados bienes de interés general de las sociedades, los Estados, las Naciones y la Humanidad entera. La Convención enuncia principios tales como que el patrimonio acuático no será objeto de explotación comercial y, la preferencia por la conservación “in situ” de este tipo de restos arqueológicos, respetando el principio de inmunidad soberana de los buques de guerra. Pero Colombia no es un país signatario de la Convención de la UNESCO.

En los últimos años se están barajando en sede de diplomacia cultural soluciones jurídicas nuevas como considerar el galeón y los demás buques de la Carrera de Indias como patrimonio común y compartido entre los dos Estados. Fórmulas imaginativas que en vía jurisdiccional nunca podrían alcanzarse.

El caso –y los que se planteen en un futuro– sigue abierto y si España y Colombia no logran un acuerdo, la mejor solución sería, sin duda, acudir a un arbitraje internacional.



Anónimo: *El hundimiento del San José*



5. *El asunto Cassirer vs. Fundación–Museo Nacional Thyssen Bornemisza*

El 9 de enero de 2024 recayó nueva sentencia de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos en lo que parece representar la resolución definitiva del pleito sobre la propiedad del lienzo *Rue Saint Honoré, Après-midi, Effet de Pluie* de Camille Pissarro, librado entre los descendientes de Lilly Cassirer y la Fundación Colección Thyssen–Bornemisza (“FCTB”).

La sentencia siguiendo lo ordenado por la Corte Suprema, aplica las normas de conflicto del Estado de California, recurriendo al “análisis del interés gubernamental”, metodología considerada “apropiada para resolver las cuestiones de elección de ley en California”.

El llamado “*análisis del interés gubernamental*” implica realizar tres comprobaciones, a saber: (i) si los resultados de aplicar la legislación relevante de cada jurisdicción –en el caso España y California– difieren; (ii) si existe un conflicto real entre ambas leyes, en el sentido de que cada jurisdicción tiene un interés legítimo en que se aplique su normativa; y (iii) el interés de qué jurisdicción se vería más afectado si su derecho sustantivo no fuera aplicado para la resolución del pleito.

Con respecto al primer paso, la sentencia señala que la legislación española, y en concreto el art. 1955 Cc español, admite que se pueda adquirir la propiedad de los bienes muebles por tres años de posesión ininterrumpida de buena fe o seis años de posesión ininterrumpida, incluso en ausencia de buena fe. Por el contrario, en virtud de la ley de California, quien basa su título en una privación ilegal no puede transmitir un buen título a nadie, ni siquiera a un comprador de buena fe. Así pues, aunque la FCTB habría adquirido la propiedad sobre el Cuadro con arreglo a la legislación española, no lo habría hecho bajo la ley californiana. Según la Corte de Apelaciones, tanto las leyes de propiedad de España como las de California sirven a intereses legítimos de cada jurisdicción. En el caso de la ley española, la normativa busca asegurar a los residentes españoles que su título de propiedad se consolide tras haber poseído la propiedad de buena fe durante un período de tiempo determinado, mientras que la ley de California pretende disuadir del robo, facilitar la recuperación de los bienes a quienes han sido víctimas de una privación ilegal, y no crear la expectativa de que un comprador de buena fe de un bien mueble bajo una cadena de titularidad rastreable hasta el sujeto que cometió la privación ilegal puede consolidar la propiedad de ese bien.

En vista de que existe un verdadero conflicto entre las leyes de España y las de California, la Corte de Apelaciones pasa a efectuar la última comprobación: el análisis comparativo del perjuicio que supondría para cada jurisdicción la no aplicación de su ley. La Corte declara que esta tarea no consiste en determinar si la norma española o la norma californiana es la mejor o la más valiosa, sino en decidir,

“a la luz de la cuestión jurídica en cuestión y de los intereses estatales relevantes en juego, a qué jurisdicción debe asignarse el poder legislativo predominante en las circunstancias del presente caso”.



Dado que este análisis no resulta concluyente, la Corte de Apelaciones decide explorar otro criterio consistente en otorgar un mayor peso a la ley del lugar en el que se produce la conducta relevante, en el entendimiento de que toda jurisdicción tiene un fuerte interés en establecer un Estado de derecho fiable con respecto a las conductas que se producen dentro de sus fronteras. No habiéndose desarrollado en California la conducta relevante en torno a la pintura, el interés del Estado de California en este caso se basaría únicamente en el hecho puramente casual de que Claude Cassirer se trasladara a vivir a California en el año 1980, en una época en que la familia Cassirer creía que la obra se había perdido o destruido. Por el contrario, la aplicación de la ley de California perjudicaría significativamente el interés de España en aplicar el art. 1955 del Código Civil español, por el hecho de que la conducta relevante –la compra del Cuadro por FCTB y su exhibición como parte integrante de la Colección– tuvo lugar en España, no en California. Dicho de otra forma, mientras que la no aplicación de la ley española en este caso perjudicaría significativamente los intereses gubernamentales de España, la no aplicación de la ley de California solo socavaría parcialmente los intereses de California en la disuasión de la privación ilegal y en la devolución de las obras de arte expoliadas a quienes han sido víctimas del expolio.

La sentencia concluye que la ley española es la que se debe aplicar para determinar la propiedad de la pieza, y por consiguiente confirma la decisión que ya se había adoptado a favor de la FCTB.

Finalmente, la sentencia recoge un voto particular de la jueza Consuelo Callahan quien considera que

“España, tras reafirmar su compromiso con los Principios de Washington sobre el arte confiscado por los nazis al firmar la Declaración de Terezin sobre los Bienes de la Época del Holocausto y Cuestiones Afines, debería haber renunciado voluntariamente al cuadro”.

La legitimidad de las reclamaciones de restitución de bienes incautados se mueve con frecuencias en las fronteras que separan la Moral y el Derecho. Muchos países –no es el caso de España– han creado comités de expertos con la finalidad de filtrar las solicitudes de devolución y de apoyar aquellas reivindicaciones que superen un test de razonabilidad indiciaria más allá de las pruebas definitivas y de los plazos de prescripción de acciones o de usucapión y sin necesidad de obligar a los particulares a afrontar procesos judiciales costosos y prolongados. El caso Cassirer ilustra muy bien, por contraste, las ventajas del arbitraje. Han sido casi veinte años de enfrentamiento judicial y de enormes gastos relacionados con el proceso para llegar a un resultado que, en último término, no satisface a nadie.





Camille Pissarro: *Rue Saint Honoré, Après-midi, Effet de Pluie* (1897).

BIBLIOGRAFÍA

- MATEU DE ROS, R., “Arbitraje en arte y patrimonio cultural”, *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 673-687.
- MATEU DE ROS, R., “Elementos jurídicos del coleccionismo de arte en Derecho español”, *Elementos jurídicos del coleccionismo de arte en Derecho español en: Estudios en homenaje al profesor L.M. Cazorla Prieto*, vol. 2, Aranzadi, 2021, pp. 1099-1117.
- MATEU DE ROS, R., “Derecho de arte y patrimonio: jurisdicción, arbitraje y sistemas alternativos de resolución de conflictos”, *Arbitraje y jurisdicción. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros* (D. Arias Lozano, coord.), t. II, Madrid, La Ley, 2024, pp. 1465-1478.



La despubblicación del Derecho deportivo y el arbitraje

I. INTRODUCCIÓN

1. La especificidad del Derecho deportivo

LAS consideraciones que afectan al arbitraje del sector público requieren una atención expresa en el arbitraje deportivo, frente otras alternativas de aceptación del arbitraje en el Derecho administrativo, al corresponder a un sector definido en peculiaridades ajenas al concepto tradicional de derecho público, configurado en los distintos modos de intervención de la administración.

Esta peculiaridad se configura esencialmente en su ordenación en un entorno privado, dispuesto a través de las estructuras deportivas establecidas con un mapa propio de su organización y disciplina, en un orden internacional o supranacional, siendo por otra parte muy poderosa y reciente su emancipación, desde su origen un juego o actividad lúdica particular de sus participantes, qué ha dado lugar a distintas calificaciones y decisiones que lo han trasladado desde una actividad inicial de carácter privado o amateur a su configuración como una industria con una estructura empresarial, dando lugar a una intervención directa desde los poderes públicos, establecida en una previsión de su configuración como principio rector de la política económica y social, que se ha convertido constitucionalmente en el art. 43.3º CE en un mandato a aquellos poderes públicos.

Esta intervención se corresponde con su difusión en una presentación compleja de unas proyecciones sociales, mediáticas, políticas, profesionales y económicas que exceden al encuadramiento en cualquier otra disciplina y obligan, en la especificidad del Derecho deportivo, a conjugar aquellas dos realidades de la iniciativa y la intervención pública, que a su vez debe de encuadrar, aquellos elementos, en la institución procesal del arbitraje, como instrumento para la resolución de conflictos, que resulta así tributario de aquel particular universo, que desarrolla en el mundo deportivo unas instituciones extrañas a las habituales soluciones del arbitraje internacional y doméstico. Obligadamente se extienden a su análisis jurídico en el que, frente a las tradicionales fundamentaciones del mismo, adquieren especial interés junto con sus tradicionales fundamentos, rapidez, privacidad y



especialización, otras particularidades ajenas al mismo como son su imposición y obligatoriedad como regla de aceptación para la competición internacional.

No se debe olvidar que la ley de arbitraje, que configura el mismo en función de la autonomía de la voluntad y la disponibilidad de la materia, abre la misma a la posibilidad de instaurar arbitrajes especiales. En ese galimatías debemos atender las particularidades que corresponden al arbitraje deportivo y la evolución que en estas fechas ha experimentado, de un modo radical, desde la exclusiva aplicación a conflictos, ajenos al núcleo principal de la organización deportiva, en materias accesorias, a la implicación en la solución de los conflictos esenciales en el deporte, la organización de la competición y el procedimiento disciplinario, en los que la actual normativa ha introducido, en un giro copernicano frente aquella exclusión, la remisión a las procedimientos privados en las vías alternativas de resolución de conflictos .

En ese giro debemos de destacar el especial interés que supone su remisión a la solución en la jurisdicción civil y en particular el establecimiento obligado de sistemas de solución de conflictos alternativos concretados en el arbitraje obligatorio, que se imponen a las federaciones, que en el desarrollo pendiente de esta nueva regulación proyecta la preocupación de que la intervención pública convierta aquella sana decisión en un camino de ida y vuelta, de retorno al control de aquellas soluciones desde órganos administrativos.

2. Desarrollo de la intervención pública en el deporte

Para vincular aquellos conceptos, en cierto modo antagónicos, en tanto en cuanto el arbitraje es un sistema alternativo al proceso público en el que las personas físicas o jurídicas pueden someter su controversia a personas, órganos o entidades diferentes de las que integran el Poder Judicial, reenviando su solución al ámbito jurídico privado, donde encuentra su sentido y aplicación, que constituye en una expresión de la libertad y la autonomía de las partes, en su libre elección, según refiere nuestro Tribunal Constitucional, implica un conflicto con la intervención pública, en la indisponibilidad de su intervención, por lo que resulta adecuado hacer una breve referencia a aquel proceso y su contexto histórico.

En aquella discrepancia incluimos al mismo tiempo la ambigüedad del concepto público o más preciso administrativo en el que la referencia al arbitraje aparece dispersada en distintos significados ajenos a la institución arbitral, como sistema de solución de conflictos que en el párrafo anterior describimos.

Por una parte, aparece una referencia a un concepto genérico de función arbitral de la administración en su intervención para resolver los conflictos entre administrados o entre los propios órganos de organización viniendo a referirse impropiamente como arbitraje.

De este modo la reforma de la ley de arbitraje efectuada en la Ley 11/2011 venía a insistir en aquel equívoco lugar y título, en el que se inducía a entender en la reforma de



la ley arbitral la introducción de la facultad de que la administración se sometiera a arbitraje, refiriéndose realmente a la regulación del arbitraje institucional del estado, que se circunscribía a las controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Así, por una parte, con la denominación de arbitraje se puede estar aludiendo a la función arbitral de la Administración, (incluso confundida en la distinción del arbitraje administrativo y el arbitraje administrado), esto es la actividad que desarrolla la Administración, cuando está autorizada para ello, consistente en resolver unilateralmente un conflicto entre administrados o en su caso entre entes públicos sobre Derecho público o privado.

Por otra parte, en el ámbito del Derecho público, el arbitraje puede versar en conflictos donde la administración participa en la controversia resuelta por un árbitro o un órgano arbitral colegiado, siendo el una de las partes en materias de libre disposición, como sucede en los convenios de inversión.

Bajo estas condiciones se engloban supuestos de diversa naturaleza, más o menos próximos al verdadero arbitraje, cuyo estudio no puede ser abordado con detenimiento en este lugar.

Advertidos de ello. Tal como venimos refiriendo el fenómeno creciente del deporte, de juegos a oficio, de afición a espectáculo, de competición a fenómeno mediático, de afición a industria y de actividad privada a foco político y social, desde hace algo más de un siglo, ha determinado la creación de un modelo deportivo que ha acompañado la intervención del Estado.

Debemos enmarcar en aquel fenómeno los antecedentes que corresponden históricamente a la intervención pública en el deporte en España, que ha venido encuadrada dentro de motivaciones de carácter social justificadas en velar por los ciudadanos de carácter formativo o de sanitarios hasta crear estructuras públicas para su práctica y difusión.

La tentación expansiva del poder legislativo ha seguido introduciéndose, en aquella razón, en el mundo del deporte, desde el inicio de las federaciones como instauración de asociacionismo hasta los órganos administrativos, acomodándose a los criterios que han definido el marco de la intervención pública.

Su desarrollo originario surgido de manera espontánea de la práctica colectiva de juegos o deportes inicia el proceso, ajeno a los poderes públicos salvo puntuales intervenciones, que conviene en referir la naturaleza privada del deporte en la que la solución arbitral se extiende, más allá del control del juego en el campo por los expertos en una competición determinada, para trasladarla a la solución de los conflictos que en torno a aquella evolución ha surgido.

En aquellos inicios asociativos recogidos en la Constitución de 1869, después de algunas restricciones, el marco constitucional abrió la configuración de la libertad asociativa como un derecho esencial de los ciudadanos, independientemente de cuáles fueran los fines el objeto de esas asociaciones. Debemos de hacer notar que en aquel momento el



carácter esencialmente amateur del deporte ocasionaba poca atención en el poder público, dando lugar en los finales del siglo a la creación de los principales clubes deportivos.

Es al amparo de aquella normativa de la libertad asociativa en las que surgen las primeras federaciones deportivas, en las que entre los aficionados a su práctica aparecían, compitiendo libremente con los mismos, los primeros atisbos de profesionalización entre los más destacados de ellos.

Es tras la guerra civil cuando, el bando nacional, establece un régimen especial para las asociaciones deportivas y se crea un órgano rector del deporte, la Delegación Nacional del Deporte. De este modo se perfila por primera vez un régimen asociativo expresamente destinado a la práctica del deporte y se encomienda a un órgano público su dirección y fomento.

La transición, originada como consecuencia del fallecimiento del jefe del Estado, que dio lugar a la finalización del anterior régimen, impone una serie de transformaciones con la configuración de nuevas estructuras sociales que traslada las competencias de la Delegación nacional de Deportes al actual Consejo Superior de Deportes, quien se constituye así en el principal protagonista de la intervención pública en las fechas que nos ocupan.

De este modo se edifica el nuevo régimen de distribución de competencias en el mandato constitucional establece en los poderes públicos la competencia de fomentar la educación sanitaria la educación física y el deporte facilitando la adecuada utilización del ocio. El deporte se ve así dotado de un nuevo orden, en el entorno social del nuevo contexto jurídico, que nuestro Tribunal Supremo determina que conforma el deber de fomentar el deporte en razón de reconocimiento de los derechos de los ciudadanos a la protección de su salud.

Queda así el ordenamiento del deporte encuadrado, en el carácter de norma fundamental, establecido en su inclusión en las normas rectoras la política social y económica que faculta al poder legislativo a configurar el modelo aplicable al entorno en el que este título se ocupa.

Nos podemos dejar fuera de este análisis, aunque sea tangencialmente, las competencias que el propio texto constitucional refiere en el deporte a las comunidades autónomas, que de este modo se establecen en partícipes de aquella publicación del derecho de deportivo, en unas directrices de organización deportiva del sector público y privado de la competición del régimen sancionador y la protección de los deportistas que resultan comunes a todas ellas.

II. UBICACIÓN Y ACTUALIDAD DEL ARBITRAJE DEPORTIVO

EL arbitraje deportivo supone la aplicación del procedimiento previsto en la normativa reguladora del Arbitraje a las materias de derecho disponible vinculadas al deporte.



Queda abierto no solo a unas materias específicas, como las que corresponden a las estructuras de las entidades públicas y privadas, administraciones públicas, federaciones, ligas, clubes, sociedades deportivas y comités olímpicos, en la función organizativa de la competición, su régimen regulador o su potestad sancionadora, sino a cualquiera de las actividades que puedan en cualquier momento, de manera puntual o continua, relacionarse con el deporte de manera directa o indirecta, organización publicidad y patrocinio, gestión y organización de eventos, traspaso de jugadores, contratos de representación, reclamación de cantidad, acuerdos entre agentes, derechos de imagen, acuerdos entre clubes, entre otros, en una concepción abierta,

El Código de Mediación y Arbitraje Deportivo del Comité Olímpico Español lo definía del siguiente modo:

“La mediación y el arbitraje son deportivos si los asuntos sobre los que surgen o puedan surgir controversia versan sobre materia relativa a la práctica o desarrollo del deporte a los intereses pecuniarios u otros que surjan de dicha práctica o a cualquier actividad concerniente al deporte incluyendo las cuestiones suscitadas por el dopaje susceptibles de libre disposición por las partes incluyendo como tales a los patrocinadores y los medios de comunicación social en el ámbito del deporte”.

Aquella redacción se establecía por el autor en el contexto de la Ley de deporte vigente desde 1990, que establecía residualmente las previsiones arbitrales, en el último de sus artículos, limitándolo a las reglas deportivas no incluidas expresamente en aquella Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo.

Como adelantábamos el marco del arbitraje deportivo se conforma en la actualidad en la Ley 39/2022 de 30 de diciembre del Deporte que introduce una serie de modificaciones que trasladan el Derecho deportivo y su arbitraje a un entorno novedoso y distinto.

El régimen disciplinario se deja en manos de las federaciones deportivas y ligas profesionales que establecerán su propio sistema de infracciones, sanciones y forma de coerción de estas conductas, en regulaciones privadas que respetarán los principios esenciales del procedimiento administrativo sancionador, excluyendo la intervención del poder público en instancia alguna.

Desaparece de este modo aquella función específicamente atribuida al Tribunal Administrativo del Deporte quien ya no conocerá en vía de recurso de las sanciones impuestas, ni consecuentemente en el orden contencioso administrativo.

Por el contrario, las diferencias que se sustancien en este ámbito serán susceptibles de resolverse en la correspondiente a la jurisdicción civil o mediante sometimiento voluntario y previo a sistema arbitral.

Es en este lugar y en este seductor panorama donde debemos desarrollar la obra que nos ocupa en la actual y novedosa despublificación del Derecho deportivo en el arbitraje.



III. EL ARBITRAJE DEPORTIVO EN EL ENTORNO DE SU MARCO REGULADOR EN ESPAÑA Y EL CONTEXTO INTERNACIONAL

EN esta transición de la antigua regulación a la normativa que posteriormente referiremos, del texto vigente para la regulación del Derecho deportivo en España, resulta esencial recordar el contexto en que la ley de 1990 se vino aplicando y en el que, a partir de estas fechas, deberá establecerse en virtud de las disposiciones de la ley del 2022.

El fomento de la educación física y el deporte constituyen uno de los principios rectores de la política económica y social. Así lo recoge la CE en su art. 43.3 y a ello se dirige la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, en todos aquellos aspectos en los que no corresponde a las CCAA legislar en virtud del art. 148.1.19º CE reemplazando a la anterior regulación de 1990.

La Ley de 2022 se declara incurso en el plan establecido por el gobierno, en el que refiere como *4 ejes transversales*, en los que se distribuyen los fondos europeos, *transición ecológica, transformación digital, cohesión social y territorial e igualdad de género*, en aquel peculiar lenguaje ajeno al contenido jurídico de la norma, denomina “*Palanca IX*”, como “*impulso de la industria de la cultura y del deporte*”, en la que supone la reforma del “*Componente 26*”: “*Plan de fomento del sector del deporte*” dentro del “*Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*”, cuyo objetivo es la “*dinamización, reestructuración y modernización del sector del deporte adaptándolo a una nueva realidad socioeconómica mediante su transformación digital y adaptación a la transición ecológica*”. En el que específicamente, persigue dotar de un marco normativo renovado al sector, con el fin de potenciar el deporte como elemento esencial en el mantenimiento de salud pública, y fomentar la igualdad de género.

Desde aquel surtido de objetivos, ideología, pretensiones y destinos de fondos, en la dificultad que presenta su extracción desde declaraciones tan heterodoxas como las que obran en la exposición de motivos de la nueva ley, debemos separar la regulación de la solución arbitral que a este texto interesa deduciendo el desarrollo comprometido, a los seis meses de su publicación, incumplido en este momento, para lo que debemos referir aquel contexto regulatorio.

En cuanto a la solución de conflictos de naturaleza privada, indica el Preámbulo o Exposición de Motivos de la Ley de 2022 en su sección XI que contiene “un título relativo a la solución de conflictos más desarrollado que el de su antecesora, intentando resolver la indeterminación jurídica existente hasta la fecha, en la que no se deslindaba con concreción qué tipo de actos tenían naturaleza privada y cuáles eran actos administrativos susceptibles de recurso en las formas establecidas en la legislación sobre procedimiento administrativo común”.

En la demora de aquel compromiso debemos recordar los conocimientos esenciales del arbitraje deportivo, en cuanto hasta el momento se ha configurado esencialmente como un sistema alternativo de resolución de conflictos que se lleva a cabo a través de organismos especializados como el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS, en francés o



CAS en inglés) o en España, el Tribunal Español de Mediación y Arbitraje Deportivo o el Consejo Superior de Deportes.

El Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS), fundado en 1984 por Juan Antonio Samaranch y con sede en Lausana, Suiza, es la principal autoridad en la resolución de disputas deportivas. Es un organismo independiente, sin perjuicio de distintos conflictos en que se ha denunciado su proximidad a los responsables de su organización, de cualquier entidad deportiva y sus decisiones son vinculantes. Opera bajo el Código de Arbitraje Deportivo, actualizado al 1 de julio de 2020.

El Tribunal de Arbitraje Deportivo está abierto no solo a deportistas profesionales y federaciones deportivas, sino también a clubes, patrocinadores, proveedores y medios de comunicación. Además, tiene la jurisdicción exclusiva sobre cualquier disputa relacionada con los Juegos Olímpicos, como parte de su naturaleza y origen de constitución.

De conformidad con el Código de Arbitraje Deportivo, el Tribunal de Arbitraje Deportivo tiene la potestad para resolver disputas privadas en el ámbito deportivo. Para que una disputa sea sometida al TAS, debe existir un acuerdo de arbitraje entre las partes involucradas. Las disputas que se presentan ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo pueden ser de carácter comercial o deportivo.

Los litigios, independientes del control de la competición, de naturaleza económica suelen afectar a conflictos relacionados con la industria del deporte, sobre la ejecución de contratos de carácter mercantil, como patrocinios, proveedores, derechos audiovisuales, publicidad, imagen, mediación de los representantes de los jugadores, organización de eventos deportivos, transferencias de jugadores y relaciones contractuales entre jugadores, entrenadores, clubes y agentes. Estos casos son tratados en primera instancia por el TAS.

Las disputas disciplinarias u organizativas, que integran el segundo grupo de casos, incluyen principalmente asuntos o conflictos competitivos, pero también otros casos disciplinarios como actos de violencia en estadios o agresiones a árbitros e incluso de dopaje. Estos casos son generalmente juzgados en primera instancia por las autoridades deportivas competentes y luego apelados ante el TAS, que actúa como la última instancia.

Aunque la gran generalidad de los casos que maneja el Tribunal de Arbitraje Deportivo está relacionada con el fútbol, también se ocupa de disputas en otros deportes y competiciones. Sin embargo, el TAS, con excepción de los casos de dopaje, no puede intervenir en violaciones de las reglas del juego, suspensiones de partidos, o decisiones apelables ante otros tribunales de arbitraje.

El Tribunal de Arbitraje Deportivo está compuesto por más de trescientos árbitros de cerca de cien nacionalidades, designados por el Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo (ICAS) por periodos renovables de 4 años. Este tribunal cuenta con una Cámara de Arbitraje Ordinaria y una Cámara de Apelación de Arbitraje, además de una Cámara Antidopaje. Corresponde a los presidentes de las cámaras dirigir las operaciones iniciales del arbitraje y emiten órdenes sobre medidas provisionales y efectos suspensivos. Una vez designados, los árbitros asumen la dirección del procedimiento.



El Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo, una fundación suiza, asegura la independencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo y está compuesto por veinte abogados expertos en arbitraje y Derecho deportivo. Es este consejo es que resulta responsable de modificar el Código de Arbitraje Deportivo, aprobar el presupuesto y las cuentas del TAS.

Los árbitros, que son propuestos inicialmente por organizaciones deportivas, de lo que se derivan algunas oposiciones cuestionando su imparcialidad, deben actuar con total objetividad e independencia. Los tribunales de arbitraje como norma general estar formados por uno o tres árbitros, todos ellos sujetos a un deber de confidencialidad. El ICAS selecciona árbitros esencialmente con experiencia jurídica y competencia deportiva, asegurando la representación de los intereses de los deportistas y la independencia de las organizaciones deportivas.

En España, el Comité Olímpico Español ha delegado en el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo, hoy denominado de Mediación y Arbitraje Deportivo (“TEAD”) la resolución de disputas a través del arbitraje, mediación y conciliación de las cuestiones litigiosas en materia deportiva. Se rige por el Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Español de Mediación y Arbitraje Deportivo o “Código TEAD”.

Tres son los tipos de procedimientos que se siguen ante el Tribunal. Procedimiento de arbitraje por el que se resuelven controversias deportivas entre partes determinadas. Procedimiento de conciliación, ya que en el seno del procedimiento arbitral cabe la conciliación previa. Procedimiento de consultas, a través del cual las Entidades Deportivas pueden recabar del Tribunal Español de Mediación y Arbitraje Deportivo dictámenes sobre cuestiones jurídicas relativas a la práctica o a cualquier actividad relativa al deporte.

En el referido contexto en el que examinamos de la nueva Ley de Deporte, pendiente de aquel desarrollo, que le privara prácticamente de la totalidad de sus funciones, es necesario referir la posición del Consejo Superior de Deportes.

El Consejo Superior de Deportes, definido en la Ley 39/2022, como un Organismo Autónomo, tienen la representación de la Administración del Estado en el ámbito deportivo.

Según el Real Decreto 829/2023, el Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes propone y ejecuta la política deportiva del Gobierno, lo que hace necesario valorar su intervención, precisamente en las delimitaciones que se deberán operar como consecuencia de la modificación legislativa, como principal protagonista, en la despublificación del Derecho deportivo en relación con el arbitraje.

Entre sus competencias se incluyen o establecer objetivos y criterios para la política deportiva, coordinar relaciones entre administraciones públicas, impulsar el deporte escolar y universitario, desarrollar planes de construcción y mejora de instalaciones deportivas, reconocer modalidades deportivas, autorizar y regular federaciones deportivas, conceder subvenciones a entidades deportivas, autorizar ligas profesionales, clasificar competiciones oficiales, autorizar competiciones internacionales, promover medidas antidopaje, desarrollar políticas de prevención de riesgos en la práctica deportiva, resolver recursos administrativos y ejercer la potestad sancionadora, y, entre otras, expresamente administrar



arbitrajes y asegurar la aplicación de la Ley del Deporte, promoviendo la colaboración público–privada en deportes y desarrollar un sistema de solución de conflictos extrajudiciales en el deporte.

En el Consejo Superior de Deportes CSD se estableció expresamente la competencia en la solución de las discrepancias que pudieran suscitarse en relación con la comercialización y explotación de los derechos audiovisuales de conformidad con el art. 9 Real Decreto–ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional.

Resulta así que este organismo a partir de aquellas competencias, en la espera del desarrollo del reglamento previsto en la Ley del Deporte recientemente aprobada, mantiene una posición dominante no solo para su aplicación, en tanto en cuanto el desarrollo reglamentario se lleva a cabo sino, en la situación transitoria en que la derogación de la ley anterior y la entrada en vigor de aquélla, nos mantiene y la tentación de intervenir en la descodificación que la nueva ley dictamina.

En conclusión, para finalizar este dibujo del actual panorama, debemos referir la anterior regulación en las leyes de 1980 y 1990.

Si bien en la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, no se hace hacia mención al arbitraje deportivo, teniendo en cuenta que la creación del Tribunal de Arbitraje Deportivo es del año 1984, y la Ley 10/1990 del Deporte, de 15 de octubre sí regulaba esta materia, implantando una vía de la conciliación extrajudicial en el deporte, dedicándole sus arts. 87 y 88, y su último título bajo la denominación de conciliación extrajudicial en el deporte.

El primero de aquellos artículos disponía que las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico–deportiva, planteadas o que pudieran plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia.

El segundo establecía las fórmulas destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas expresamente en la presente Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo.

Refería incluso que, a aquellos efectos, las normas estatutarias de los Clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales podrían prever un sistema de conciliación o arbitraje.

En este sistema determina con carácter de mínimo las siguientes reglas. Método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema. Materias, causas y requisitos de aplicación de las fórmulas de conciliación o arbitraje. Organismos o personas encargadas de resolver o decidir las cuestiones a que se refiere este artículo. Sistema de recusación de quienes realicen las funciones de conciliación o arbitraje, así



como de oposición a dichas fórmulas. Procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y, en especial, los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes. Métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales.

Finalizaba remitiendo las resoluciones adoptadas en aquellos procedimientos a los efectos previstos en la Ley de Arbitraje.

Derogada aquella ley y en tránsito el compromiso del desarrollo reglamentario establecido en seis meses en la Disposición transitoria tercera referida al Régimen disciplinario, debemos de estar a esta que establece que el régimen sancionador y disciplinario previo a la entrada en vigor de esta continuará rigiendo hasta que el nuevo sistema común de carácter extrajudicial de solución de conflictos mencionado en ella se desarrolle.

IV. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS EN EL DEPORTE

VEMOS así que, en aquel marco regulador, en la modificación que da lugar al título, la realidad de su trascendencia se corresponde con el contenido de la disponibilidad de los procedimientos arbitrales en las materias reservadas a la administración pública.

Fuera de aquel trascendental cambio que corresponde al contenido arbitrable del arbitraje deportivo y su remisión en la jurisdicción ordinaria a los tribunales civiles, su regulación y contenido permanece inalterable, De este modo el arbitraje y la mediación y sujetos a la normativa desarrollada en las Leyes de 2003 y 2012 respectivamente, debe adecuarse al tratar los conflictos que se produzcan en el adjetivo deportivo a la ordenación general del arbitraje.

Ambos procedimientos de resolución de conflicto se caracterizan porque no interviene un órgano del Estado para resolverlo.

Sus actuaciones se corresponden directamente con el poder de disposición de las partes en la solución de sus controversias a partir de la autonomía de voluntad de las mismas, recoge una prerrogativa de la libertad personal en la sociedad civil frente a los sistemas establecidos institucionalmente, a través de la jurisdicción ordinaria, para la solución de las controversias, por lo que de manera muy particular y con las peculiaridades que han quedado expuestas levantada la veda de la despubblicación su actuación deberá referirse a la normativa reguladora del arbitraje.

De este modo su encuadre bien en el arbitraje institucional administrado por entidades sin ánimo de lucro conforme sus reglamentos bien encomendados a un arbitraje ad hoc se distinguirá exclusivamente en la identificación de su componente deportivo.

El arbitraje implica que aquella decisión que se establece por cualquier modo en que pueda quedar constancia de la misma en las pretensiones que estimen procedentes respectos



a la designación del árbitro o árbitros que han de resolver, el objeto del arbitraje, el procedimiento o la solución que se persiga, forme parte del carácter deportivo que lo define.

El arbitraje deportivo está sujeto a las reglas, conceptos y precisiones aplicables al arbitraje en general. Se corresponde, al igual que cualquier otro con el poder de disposición de las partes y su decisión de someter a un tercero la solución del conflicto surgido o que pueda surgir entre los mismos. Su única distinción estriba por tanto en el apellido, deportivo, que a la materia objeto de controversia corresponde, delimitación extensible a cualquier contienda que pueda ser objeto de arbitraje según la naturaleza de esta.

El Estatuto de Arbitraje Deportivo del Comité Olímpico Español, determina que el arbitraje es el sistema mediante el cual personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros, cuestiones litigiosas surgidas, o que puedan surgir en materia de libre disposición conforme a Derecho.

Procediendo a determinar que el arbitraje es deportivo si se somete a decisión de los árbitros en materia relativa a la práctica o desarrollo del deporte, a los intereses pecuniarios u otros que surjan de dicha práctica o cualquier actividad concerniente a la educación física y al deporte incluyendo las cuestiones suscitadas por el dopaje susceptibles de dicha disposición por las partes, los patrocinadores y los medios de comunicación social.

De este modo podemos comprender que el arbitraje deportivo es todo aquel que tenga relación, directa o indirectamente con el deporte y que la aplicabilidad de aquella institución a la materia deportiva queda a la libertad de las partes quienes podrán someterse al mismo en cualquier materia de libre disposición que tenga relación con él, ya sea con el ejercicio físico que se realice por recreación pasatiempo salud o diversión, bien en una actividad de competición, que se lleve a cabo individualmente o por equipos, mediante unas reglas establecidas, en cualquier forma o medio que se practique, o bien de todas las estructuras, empresas, entidades que actúan en su gestión, promoción, exhibición como espectáculo, en su difusión, en su patrocinio o cualquier otra actuación con él relacionada.

Debemos por ello recordar que el fundamento del arbitraje es el convenio arbitral, precisamente es aquel acuerdo en el que se funda su viabilidad, al ser la llave del procedimiento en que se desarrollará la solución del conflicto, por ello debemos dedicar un principal interés al mismo en cuanto en su contenido se establecerá el arbitraje que definimos como deportivo.

Esto nos lleva a detenernos en el estudio del convenio arbitral, en función del cual, en relación con cualquiera de las materias arriba referidas, se establecerá el arbitraje deportivo conforme a la regulación legal que a continuación detallamos.

Siendo esta apertura de la materia susceptible de arbitraje en el deporte la que introduce la innovación despublicadora que permite extenderlo a la materia reservada a las administraciones públicas desde hace más de 30 años.

En ella se introduce el régimen disciplinario del deporte, regulado mediante reglamentos que establecían una serie de normas que permiten imponer sanciones por la comisión de infracciones tipificadas en la práctica deportiva, determinando de manera expresa su



naturaleza pública, lo que impedía, en contraposición a su naturaleza privada, la solución arbitral, al reservar unas funciones disciplinarias que implicaban las sanciones deportivas allí contempladas y por ello su exigibilidad y su procedimiento sometido a la intervención de la administración, en la habilitación de los estatutos y reglamento las asociaciones deportivas en federaciones ligas y clubes, sometidos en sus recursos al Comité Español de Disciplina Deportiva o Tribunal Administrativo del Deporte.

Igual situación se producía en torno la titularidad de las competiciones deportivas y su organización, establecidas como competiciones oficiales o competiciones deportivas profesionales, que, en el régimen jurídico aplicable a las ligas profesionales y federaciones deportivas, disponían en su naturaleza privada funciones públicas en los compromisos que establecía el Consejo Superior de Deportes al ejercer por delegación funciones públicas de carácter administrativo.

V. DESPUBLIFICACIÓN EN LA NUEVA LEY DEL DEPORTE DE 2022

EL primer día del año 2023 entró en vigor en España la nueva Ley del Deporte 39/22 de 30 de diciembre. Esta ley introduce una modificación radical en la solución de los conflictos en el ámbito deportivo, que da lugar a este trabajo.

Esta modificación altera la indisponibilidad como venimos indicando de la solución de los conflictos, limitados en el control de las entidades federativas y las asociaciones privadas en los ámbitos de la organización de las competiciones, sancionador y disciplinario, hasta ahora sometidos a la competencia de la administración. Abre la puerta a las soluciones civiles de los conflictos al devolverlos al terreno de la naturaleza privada en que surge y se desarrolla aquella actividad.

Aquella decisión, en la que expresamente se reconoce este carácter privado de la solución de los conflictos que se originan como consecuencia de la actividad deportiva, deriva su solución a la jurisdicción civil, en la que el arbitraje se desenvuelve, resolviendo la larga intrusión de la regulación administrativa. Esto no solo reduce la intervención de los órganos administrativos y elimina el orden contencioso de aquella jurisdicción sino que con aquella declaración expresa de la competencia de los tribunales de orden civil, en el reconocimiento de la naturaleza privada de las controversias, introduce, de forma expresa, las soluciones alternativas, determinando incluso el obligado establecimiento en las federaciones deportivas y en las ligas profesionales de un sistema extrajudicial de solución de conflictos en sus estatutos o reglamentos.

Se abren por tanto de par en par las puertas al arbitraje y la mediación que desde ese momento se desarrollan en el entorno contractual que corresponde a la sociedad civil.

La estructura normativa de la nueva ley dispone una ordenación en la que procede a decidir, dentro de la multiplicidad de actuaciones que se regulan en el Derecho deportivo,



aquellas conductas que pertenecen al ejercicio de funciones públicas y las que son del ámbito interno de las organizaciones y entidades deportivas. Esto permitirá localizar la atención a los derechos y obligaciones previstos en cada una de ellas, que serán resueltos, en una u otra de aquellas competencias, en su régimen sancionador.

En el texto legislativo determina el régimen sancionador como una potestad pública que ejercen las federaciones y las ligas profesionales, en la delegación que les corresponde, así como las que incumben al Tribunal Administrativo del Deporte, que queda liberado de la onnipresencia resolutoria prevista en el régimen anterior. Este se hará cargo exclusivamente de los concretos y específicos supuestos delimitados en la nueva ley, que se exceptúan a las sanciones que supongan la privación o la revocación definitiva de los derechos inherentes a las licencias por infracciones muy graves, así como los conflictos sobre materia electoral. Se procede con ello a renovar los tipos de sanciones y adecuar la gravedad o levedad de estas en su aplicación.

Se elimina así el principal obstáculo para la solución privada de los conflictos deportivos a través de sistemas alternativos de resolución de conflictos, que determinaba la publicación de dicha materia, constituyendo el régimen disciplinario. Se otorga al deportista la opción de elegir entre la jurisdicción ordinaria civil o la resolución alternativa de conflictos. En esta última, y remitiéndose a los principios esenciales del procedimiento administrativo sancionador, se concede a las instituciones deportivas la facultad de, otorgar la competencia para resolver, en vía de recurso, sobre sus propias resoluciones en materia disciplinaria, a una cámara arbitral independiente. Quedando así sustraídas dichas competencias, de la intervención de los órganos de la administración, al excluir la intervención del Tribunal Administrativo del Deporte, eliminando su control judicial en el orden contencioso-administrativo y estableciendo expresamente su solución en la jurisdicción civil o mediante el mencionado sistema arbitral, a elección del deportista.

Para ello, la nueva norma, después de atender la organización de las competiciones, regula el régimen sancionador que dispone la Administración General del Estado sobre las personas físicas o jurídicas determinadas en la ley y dispone que se entiende por régimen disciplinario el establecido por las federaciones en sus estatutos y reglamentos en relación con la infracción de las reglas del juego de la competición en su aplicación y en la organización de las tales competiciones. Así, estas infracciones, tipificadas en las acciones u omisiones que vulneren o impidan el normal desarrollo del juego o de la competición, delimitan el régimen disciplinario que queda sujeto a su intervención.

Se produce así un giro copernicano que atribuye a las federaciones la obligación de aprobar un reglamento disciplinario que tipifique las infracciones y las clasifique por su gravedad y sus consecuencias jurídicas en el ámbito deportivo, así como el modelo de reclamación o los recursos que correspondan frente a las mismas, sin que aquel régimen disciplinario deportivo se extienda a las sanciones impuestas por los clubes, las ligas profesionales o las federaciones a sus socios, miembros o afiliados por incumplimiento de las normas sociales o las que regulen su régimen interior.

Se produce sin embargo en el mantenimiento del régimen de las responsabilidades derivadas de aquellas alternativas, un retorno en su remisión en el procedimiento sancionador



al sostenido a lo largo de estos treinta y dos años, para proceder, de un modo análogo al de la ley sustituida, a establecer un régimen sancionador minucioso, que corresponde a la Administración General del Estado, que se ejercerán por delegación las instituciones deportivas privadas así como el Tribunal Administrativo del Deporte en los limitados supuestos de su intervención, recomponiendo en su sanción las infracciones y la distinción de la gravedad de las mismas de un modo paralelo al sostenido hasta estas fechas.

El establecimiento del sistema arbitral distingue en razón de su naturaleza los actos de carácter administrativo de las actuaciones de carácter privado para llegar así, en la resolución de los conflictos, a disponer en aquellos que tienen naturaleza privada la competencia de los tribunales del orden civil en donde se establece expresamente la responsabilidad de las federaciones deportivas y las ligas profesionales de establecer en sus estatutos o reglamentos, o mediante acuerdos de la Asamblea General, un sistema común de carácter extrajudicial de solución de conflictos, reservando al Consejo Superior de Deportes la facultad de establecer reglamentariamente los requisitos de dicho sistema y la adecuada publicidad de su contenido, determinando expresamente su carácter voluntario y gratuito para las personas deportistas quienes deberán manifestar su aceptación expresa.

Procede así a esbozar el panorama de la nueva regulación, que nos permite detenernos sobre la entrada del arbitraje o la mediación en terrenos hasta ahora vedados, que constituye el propósito de este texto, en el que nos vemos obligados a analizar aquella previsión y su entendimiento en el legislador, en cuanto corresponde a aquella introducción de un sistema de carácter extrajudicial de solución de conflictos.

Como advertimos en aquella potestad, reservada por la ley al Consejo Superior de Deportes, de impulso reglamentario del sistema común de solución de conflictos cuyo desarrollo previsto en la disposición transitoria tercera se imponía al gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, lo que no ha hecho, por tanto queda en una turbadora ambigüedad, que habría que entender como positiva para su aplicación, en la previsión de soluciones en la naturaleza privada de los conflictos que la ley reconoce.

Si bien previene que el régimen sancionador y disciplinario previo a la entrada en vigor de la ley continuará rigiendo hasta que el nuevo sistema extrajudicial de solución de conflictos se desarrolle reglamentariamente, la liberación de la publicación de la materia regulada en la norma derogada conduce a una laguna legislativa. Mientras se atiende aquella imposición transitoria, queda la contradicción de que el incumplimiento de aquel desarrollo no afecta a la naturaleza privada de aquellos conflictos que la actual ley establece, creando la indecisión de que la remisión a la jurisdicción civil quede en entredicho. Si aquella transitoria se limita al establecimiento del sistema común de solución extrajudicial, no debería afectar a su exclusión del orden contencioso sin que su naturaleza privada permita la exclusión de la solución convenida por las partes, estableciendo un convenio o el sometimiento a un sistema arbitral dispuesto por los mismos.

En este lugar, y en tanto en cuanto se lleva a cabo aquella incumplida imposición de regulación, es de interés contemplar la precisión que aquel sistema de solución de conflictos añade, en el punto tercero del art. 119 en que se previene. Así refiere en coletilla al



mismo que tendrá carácter voluntario y gratuito para las personas deportistas que deberán manifestar su aceptación expresa.

Aquella apostilla viene a introducir dos decisiones confusas y discordantes. Por una parte, la referencia del carácter voluntario afirmación, que con la excepción de la particular y controvertida introducción en el 2011, en la Ley de Arbitraje, en el establecimiento del arbitraje estatutario, carece de sentido alguno en un sistema arbitral, que esta ley refiere expresamente a nuestra ley arbitral 60/2003, apareciendo como una afirmación innecesaria, pues la voluntariedad en la solución de los conflictos es condición sine qua non e imperativa para sustraerla de la solución que en la vía judicial corresponda. En esta redundancia se puede entender la obligación de la aceptación expresa del deportista, aceptación que en cualquier caso constituye un elemento imprescindible para la introducción de un sistema alternativo de solución de conflictos.

Surge aquí la confusión en el segundo predicado de aquella disposición: el carácter gratuito para las personas deportistas. Aquella previsión no solo afecta a la voluntariedad del procedimiento arbitral que resulta vinculante para las federaciones deportivas y las ligas profesionales, sino que impone una situación de desequilibrio contraria a la normativa reguladora del arbitraje que establece el principio de igualdad de las partes. Impone una situación un tanto pintoresca en una voluntad tutelar del deportista que incluso puede resultar incomprensible en aquellos cuyo alto nivel profesional supone unas condiciones muy lejanas de la necesidad de aquella tutela.

Aquellas pistas permiten temer que aquella plausible iniciativa, ante la confirmación de la naturaleza privada de los conflictos contemplados en la actividad deportiva, de admitir su remisión al procedimiento arbitral u otras soluciones de conflictos convenidas sobre derechos disponibles, sea sometida a una alteración en criterios políticos para la regulación de aquella materia, lejos de aquel acierto configurando a través del desarrollo reglamentario un sistema extraño a aquel procedimiento de tutelas, presunciones o imposiciones que colisionan con la libertad contractual de este modo de solución del conflicto, configurando un híbrido entre la previsión de las soluciones arbitrales en la libertad de las partes y la intervención pública en una regulación que aparentemente ha abandonado.

No podemos finalizar estas particulares y personales consideraciones sin tratar de adelantar las circunstancias en que se debe desarrollar aquel “sistema común de carácter extrajudicial de solución de conflictos”, pues si las federaciones deportivas y las ligas profesionales serán las que vengán obligadas a establecerlo en su reglamento y estatutos, se nos ocurren las distintas vías en que aquellos compromisos pueden, entre las cuales se destacan las siguientes:

1. Establecer en sus propios estatutos o reglamentos un sistema propio de solución de conflictos.
2. Proponer o diseñar, por parte de la administración, una cámara arbitral específica para la resolución de conflictos.
3. Remitir la solución de los conflictos a reglamentos de instituciones arbitrales independientes.



Debe entenderse que esta última opción es la única válida desde un punto de vista jurídico, dado que en el primer supuesto se corre el riesgo de que las cámaras sean dependientes de las propias instituciones deportivas, lo cual podría comprometer seriamente la imparcialidad de las mismas. Este riesgo ha sido señalado en diversas resoluciones de tribunales europeos, que han cuestionado la imparcialidad de cámaras vinculadas a comités olímpicos, e incluso la del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS), cuestionando la igualdad de armas entre las partes, en los procedimientos frente a dichas cámaras. En el segundo supuesto, la creación de una cámara arbitral por parte de la administración resultaría, en esencia, la creación de un Tribunal Administrativo del Deporte bajo una denominación diferente, lo cual no resolvería el problema de fondo que se pretende abordar.

Este paso, aún pendiente, supondrá en sí la confirmación del acierto de la previsión legislativa de aquella solución del conflicto deportivo o la inhabilidad de la misma, en tanto en cuanto cualquier procedimiento arbitral, de conservar los principios derivados de su regulación e incluso del contexto internacional en el que aquellos laudos deberán ejecutarse, parece necesario evitar el riesgo de microsistemas en el desarrollo reglamentario que afecten a aquellos principios esenciales de igualdad, audiencia y contradicción, que conforman los requisitos básicos de disponibilidad y voluntariedad del procedimiento arbitral. Esto lleva a contemplar la necesidad de que aquella estructura corresponda al desarrollo de la materia que interesa en la ley del deporte, pero, por encima de ello, al procedimiento arbitral en el que se pretende resolver, y no invertir aquel orden.

Parece razonable que entre aquellas alternativas quedara prevista la facultad de remitirse íntegramente a la vigente ley de arbitraje que se ha confirmado como un acierto tanto en el derecho interno como en la solución de los conflictos de carácter internacional.

El recorrido de aquella transición permite reconocer, en el contexto de la disciplina deportiva, sus conflictos y las necesidades de respuestas que este nuevo panorama necesita atender, para responder en el sistema de solución previsto al propósito del nuevo texto legislativo.

La anterior Ley del Deporte recogía en sus últimos artículos los presupuestos en los que se podía acceder a la vía extrajudicial para la resolución de conflictos. El art. 87 sobre conciliación o arbitraje deportivo establecía que todas las figuras intervinientes en las actividades deportivas, como clubes, jugadores, entidades deportivas, reales federaciones deportivas de cada deporte, etc., podían acudir a la vía extrajudicial para la resolución de los conflictos que pudieran surgir, siendo estas la conciliación y el arbitraje: “las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, federaciones deportivas españolas, ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltos mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia”.

El texto continuaba determinando que las fórmulas a que se refería el artículo anterior estaban destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas expresamente en aquella Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo. Quedaban por tanto excluidos



los conflictos originados por la violencia generada en los espectáculos deportivos y los conflictos señalados en la disciplina deportiva.

Por otra parte, establecía directamente que las normas estatutarias de los clubes deportivos, federaciones deportivas españolas y ligas profesionales podían prever un sistema de conciliación o arbitraje. De este modo, tanto las intervenciones de aquellas instituciones como la posibilidad de solución de los conflictos deportivos en la vía del arbitraje o la conciliación ya estaban previstas. Aunque el empleo de este término correspondía a una denominación derivada del anterior sistema conciliatorio, el concepto de solución alternativa era extensible a la mediación, denominación que hasta la Ley de 2012 era ajena a la búsqueda de una solución autocompositiva por las partes implicadas.

Sin embargo, aquella ley establecía las infracciones que quedaban excluidas de las medidas extrajudiciales, distinguiéndose aquellas relativas a las reglas de juego, al comportamiento de los directivos de federaciones y ligas profesionales, de los clubes deportivos profesionales, así como de sus directivos. De este modo, aquella previsión de la aplicación del arbitraje o la conciliación–mediación, con la exclusión de las reglas deportivas no incluidas expresamente en aquella ley o en sus disposiciones de desarrollo directo, convertía su aplicación en un brindis al sol respecto a la materia que ahora nos ocupa.

De este modo, los procedimientos seguidos por las cámaras arbitrales nacionales, se limitaban prácticamente en su totalidad a cuestiones litigiosas en torno a organización, eventos, patrocinios, marcas, publicidad, agentes de los jugadores, derechos de imagen y económicos u otras actividades ajenas al juego y la competición.

Como vemos, ni la institución del arbitraje ni la facultad de su introducción en los estatutos de las federaciones y las ligas profesionales constituyen novedad alguna. Precisamente, la novedad que ahora nos ocupa proviene del coto impuesto a su aplicación, al limitarse a conflictos ajenos a la regulación legal contenida hasta la fecha, lo que excluía los conflictos que surgían en la organización de la competición y en las reglas del juego. Este es el vacío que cubre hoy el texto actual.

Queda así abierto el modelo deportivo español a las soluciones alternativas en la totalidad de las situaciones que resulten expuestas a un conflicto. Se invierten los anteriores supuestos que quedaban relegados en actuaciones ajenas a su práctica, siendo ahora los exceptuados.

Habiendo expuesto en las consideraciones que inician esta exposición que la remisión en la disposición derogatoria al reglamento previsto se dirige a la necesidad de disponer, en los estatutos, un sistema arbitral que prevenga la solución por un tercero de los conflictos a que se debe aquella previsión.

Resulta de interés, sin embargo, precisar que la apertura en aquellos conflictos a sus soluciones privadas extiende su práctica, de la hoja de configuración de soluciones alternativas, a la mediación o la conciliación en previsiones previas escalonadas al arbitraje, pues ocupan un papel esencial.



Debemos por tanto comprender que aquellas nuevas prerrogativas de la materia arbitral son extensivas a la mediación, en la inmediatez y especificidad de la actividad deportiva que necesita soluciones ágiles y rápidas, que puede obtener resultados que hagan innecesario el laudo dirimente en aquellos conflictos que puedan resolverse en esta vía previa.

Es básico, en el principio de voluntariedad de las partes, la alternativa de someterse a este procedimiento del que, en caso de que así lo deseen, pueden apartarse en el momento que consideren oportuno. La confidencialidad del proceso, la neutralidad e imparcialidad del mediador, regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, impone una oportuna inclusión, que permitirán la adecuada aplicación a la misma de la ley ahora aprobada.

VI. CONCLUSIONES

DE todo ello, nos encontramos, en la nueva regulación del deporte, con distintos artículos en los que se detallan, con un amplio catálogo, las materias que pueden ser aplicables como medidas de carácter extrajudicial, lo que nos permite recorrer en su desarrollo, con un carácter no taxativo, el extenso campo abonado para la solución arbitral o consensuada de los conflictos deportivos, en la expresa determinación de la naturaleza privada de los mismos.

Actos de carácter administrativo, en los que se recogen los actos y reclamaciones dictados tanto por el Consejo Superior de Deportes en su función arbitral, como por los distintos órganos con competencia para dictar estos, como pueden ser Administraciones Públicas, federaciones, árbitros, etc. Hace referencia a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con las licencias deportivas y con la calificación de oficialidad de las competiciones.

Actuaciones de carácter privado, que aparecen listadas con los conflictos que pueden surgir con los convenios y contratos suscritos por dos o más partes en el ámbito de la competición deportiva, como pueden ser competiciones no recogidas como oficiales, o escolares, licencias federativas distintas a las recogidas por esta Ley.

Acompañados de la totalidad de los conflictos que, salvo excepción expresa del texto legal, puedan surgir directa o indirectamente en relación con la práctica deportiva, la competición o la industria del deporte.

Panorama y situación que nos obliga a una atenta disposición para aprovechar la oportunidad que la normativa vigente concede a la solución privada de los conflictos, en el marco definido en la Carta Europea del Deporte, su desarrollo y su devolución a la sociedad civil, a la que pertenece, tanto en su vertiente profesional como aficionada que precisa de esta puerta abierta en su beneficio.

Hasta la llegada de la Ley, las sanciones disciplinarias, una vez agotada la vía federativa, eran susceptibles de un recurso administrativo ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo y



las resoluciones de este órgano administrativo eran recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La nueva ley limita la posibilidad de recurso ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo al supuesto de sanciones consistentes en la privación definitiva de una licencia federativa o sus derechos. Para el resto de las sanciones, la ley remite a su impugnación ante la jurisdicción civil o al sometimiento voluntario a un sistema arbitral a establecer en el seno de las federaciones españolas y las ligas profesionales.

El recurso ante el TAD no desaparecerá automáticamente con la entrada en vigor de la nueva ley. La Disposición Transitoria Tercera de la Ley prevé el mantenimiento del actual régimen de recursos en este ámbito hasta que el nuevo sistema arbitral sea desarrollado reglamentariamente por el Gobierno, mandato para cuyo cumplimiento se le otorga un plazo de seis meses que comenzó a contar con la entrada en vigor de la nueva Ley.

Si, cumplidos esos seis meses, aún no se ha producido ese desarrollo reglamentario algo que, sucede muy a menudo con los mandatos legales de desarrollo reglamentario, el actual régimen de recursos continuaría en vigor ya que la falta de cumplimiento del plazo de desarrollo reglamentario no provoca el efecto directo de la nueva regulación legal, como sí ocurre con la falta de transposición en plazo de las Directivas comunitarias al ordenamiento interno.

Se completa, por tanto, en el art. 119 de la nueva ley que dispone la competencia de los tribunales del orden civil para conocer de las cuestiones relativas actuaciones previstas en el art. 117, que dispones expresamente que tendrán naturaleza privada:

- a. Los acuerdos y medidas que pueda adoptar la asamblea general de las federaciones deportivas españolas en relación con la organización de la federación y de las competiciones que le correspondan a la misma.
- b. Las actuaciones relativas a la interpretación de los convenios de integración y separación de las federaciones autonómicas en las federaciones deportivas españolas.
- c. Las actuaciones relativas a la interpretación de los convenios de coordinación vigentes entre las federaciones deportivas españolas y las ligas profesionales correspondientes, siempre que no se trate de las materias previstas en el art. 116.2.e).
- d. Todas las actuaciones relativas a licencias deportivas distintas a la establecida en el art. 97.3.
- e. Las actuaciones relativas a la organización de la competición, inscripciones, descensos, ascensos y cualesquiera otras derivadas de las mismas, incluidos los elementos disciplinarios ligados a la práctica, organización y desarrollo de la competición y las responsabilidades derivadas de las mismas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 97.2º.
- f. La aplicación de los sistemas de prevención de la insolvencia a la que se refiere el art. 95.b).
- g. Los conflictos que puedan surgir en relación con el cese o la moción de censura de los cargos de los órganos federativos y con el funcionamiento de la federación o liga cuando no afecte a funciones públicas.



- h. Los conflictos que puedan surgir en relación con la explotación económica de las competiciones deportivas de toda índole.
- i. Los convenios y contratos que celebren agentes privados en relación con la ejecución de competiciones en edad escolar o universitaria.
- j. Los contratos y convenios que celebren las federaciones deportivas en relación con la actividad deportiva no oficial.
- k. Los conflictos que puedan surgir en el seno de las entidades deportivas y mercantiles de toda índole que participen en la actividad deportiva regulada en esta ley y con exclusión de aquellos que expresamente se atribuyen al control económico del Consejo Superior de Deportes.
- l. Cualesquiera otras actuaciones que no tengan atribuido carácter administrativo conforme a lo dispuesto en esta ley.

Siendo aquel mismo precepto el que dispone que las federaciones deportivas españolas y las ligas profesionales deberán establecer en sus estatutos o reglamentos o mediante acuerdos de la asamblea general un sistema común de carácter extrajudicial de solución de conflictos. Disponiendo que será Consejo Superior de Deportes quien establecerá reglamentariamente los requisitos de dicho sistema, que tendrá en todo caso carácter voluntario para los deportistas que deberán manifestar su aceptación expresa.

Quedamos por tanto en espera que aquel desarrollo quede abierto a cualquier modo de regulación del procedimiento arbitral que resulte conforme con la Ley de Arbitraje, evitando establecer un sistema único y común para todas las federaciones, siendo estas quienes libremente establezcan, con aquella ordenación común, en sus estatutos y reglamentos el sistema o institución que resulte más apropiado para sus fines y objeto, evitando que la intervención del estado o de las propias federaciones en el procedimiento escogido afecten al proceso arbitral, confiando que el objetivo establecido en la nueva normativa en la liberación de la solución de los conflictos deportivo alcance el fin propuesto.



El arbitraje en el sistema portuario de interés general

I. INTRODUCCIÓN

ESPAÑA es el país de la Unión Europea que cuenta con mayor longitud de costa, en torno a los ocho mil kilómetros. A ellos se añade que su situación geográfica, próxima al eje de las rutas marítimas más importantes del mundo, la beneficia de un mayor afianzamiento como área estratégica en el transporte marítimo internacional y como plataforma logística del sur de Europa. Es necesario resaltar la importancia de los puertos de titularidad estatal para la economía nacional, ya que por ellos pasa aproximadamente el 60 por ciento de las exportaciones y el 85 por ciento de las importaciones, lo que representa el 53 por ciento del comercio exterior español con la Unión Europea y el 96 por ciento con terceros países. En números redondos, los puertos españoles representan el 1 por ciento del PIB nacional y dan trabajo a 100.000 personas.

Algunos de nuestros puertos, como Algeciras, Valencia o Barcelona, constituyen hubs logísticos de relevancia internacional, ocupando lugares muy destacados en el ranking mundial y, desde luego, en el ámbito europeo. Tal posición crecientemente privilegiada de los puertos españoles en el escenario internacional no obedece exclusivamente a la posición estratégica del país, pues existen otros competidores en el mismo ámbito geográfico, sino también y de modo muy destacado por el grado de eficacia alcanzado: es un principio elemental del comercio marítimo internacional que “los barcos se mueven, los puertos no”, lo que implica la existencia de una potente competencia interportuaria, de alcance supranacional.

El éxito en el mercado global del sistema portuario español, en términos de eficiencia, obedece a distintos factores siendo destacables, desde el punto de vista económico, el principio de autonomía financiera; y, en cuanto a su arquitectura jurídica, la configuración de los organismos públicos portuarios como entidades *sui generis* en el sector público estatal (de hecho, a efectos de ayudas de Estado y otras determinaciones, el Derecho de la Unión Europea considera a los organismos gestores de los puertos como *empresas*), así como la implantación del *modelo landlord* en la gestión portuaria.

La creación de la Organización Mundial del Comercio como consecuencia de la ronda de Uruguay, mediante el Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994, dio un impulso



definitivo a la globalización económica y supuso un impacto determinante en el papel que los puertos desempeñan en el comercio internacional: pasan de ser un *modo de transporte* a convertirse en eslabones o *nodos críticos en la cadena intermodal*, en un marco de intensa competencia entre cadenas logísticas que se despliegan a nivel planetario, lo que determina como objetivo prioritario la búsqueda de la eficiencia (que la mercancía pase por el puerto lo más rápido y con el menor coste posible).

Como resultado, ha resultado imprescindible incidir sobre los modelos de gestión portuaria. De modo esquemático, pueden analizarse en el tiempo la evolución de dichas formas de gestión en torno a tres hitos o modelos:

- *Service port*: El gestor es responsable del puerto en su conjunto. Propietaria de infraestructura (diques, muelles), superestructura y equipamientos. Gestiona los servicios.
- *Tool port*: El gestor es responsable del puerto en su conjunto. Propietaria de infraestructura (diques, muelles), superestructura (edificios) y equipamientos. Los servicios siguen siendo públicos y son prestados por operadores privados, normalmente mediante contratos de gestión indirecta.
- *Landlord*: El gestor provee las infraestructuras y concede los espacios portuarios. El operador privado realiza las inversiones en más infraestructuras, superestructuras, equipamiento, tecnología, y presta los servicios (excepto los generales), que ya son de titularidad privada en régimen de libre competencia.

El modelo *landlord* de gestión fue implantado en España por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. Y ha alcanzado consagración normativa a nivel europeo mediante el Reglamento (UE) 2017/352, del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos.

Dicho modelo está, además, expresamente positivizado en la Exposición de Motivos de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, que da lugar al vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en los siguientes términos:

“Para avanzar en estos objetivos, los puertos de interés general tienen que conformarse como puertos «Landlord avanzados», como se califican en alguna terminología portuaria, facilitadores de la actividad económica, de la competitividad de nuestro tejido social y empresarial y de su sostenibilidad ambiental, así como coordinadores de los diferentes agentes y administraciones que intervienen en el paso por puerto de buques y mercancías.”

Como señalara M.J. Cadenas, “la necesidad de dotar al conjunto de unidades económicas y de prestación de servicios que forman el sistema portuario de una amplia autonomía de gestión, agilidad y procedimientos desburocratizados y la aplicación de sistemas actualizados de contabilidad, estadística y control hizo necesaria, según la Exposición de Motivos de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (se refiere la autora a la Ley de 1992), la



creación de Entidades públicas de gestión, que desarrollaran sus actividades con reglas y procedimientos empresariales, las Entidades públicas denominadas Autoridades Portuarias cuya gestión se prevé sea coordinada por el Ente Público Puertos del Estado que asume el papel de “holding” situado bajo la dependencia y directrices de actual Ministerio de Fomento y que se crea con responsabilidades sobre el conjunto del sistema portuario sin perjuicio de las competencias que corresponden al actual Ministerio de Fomento –hoy, de Transportes y Movilidad Sostenible–“(Cadenas García, 1999 52).

Las implicaciones de la implantación del modelo landlord pueden analizarse desde una triple perspectiva:

- A) En cuanto a la explotación de las *infraestructuras portuarias*, se articula a través de operaciones de *lease*, o arrendamiento. En España, a través de la figura de la concesión demanial. Conviene anticipar desde ya que está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Considerando 15):

“Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario.”

La concesión demanial portuaria es un negocio jurídico de carácter bilateral y sinalagmático regida por el Derecho Público, y excluida expresamente de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 9 de dicha Ley), lo que significa desde el punto de vista económico que el concesionario no podrá invocar el mantenimiento del equilibrio patrimonial de la concesión; y desde el jurídico que, al tratarse –todavía– de relaciones sujetas al Derecho público concurren dificultades conceptuales para someter las controversias entre concesionario y Administración concedente a soluciones extrajudiciales como la transacción o el arbitraje.

- B) Por su parte, los *servicios portuarios* se configuran servicios de titularidad privada, en régimen de libre competencia, pero de interés general. De ahí la necesidad de regulación: por eso hemos dicho que en la actualidad el Derecho portuario es básicamente un Derecho regulatorio.
- C) Finalmente, el *régimen jurídico de los organismos públicos portuarios* supone que tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar y ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuya. Así lo dispone el vigente Texto Refundido



de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, en sus arts. 16 para Puertos del Estado y 24 para las Autoridades Portuarias.

Como dijimos en otro lugar, “corolario de lo anterior es una cierta “mercantilización del régimen económico de los puertos de interés general, paralela a la naturaleza híbrida de los nuevos Entes Público Portuarios que, sin perder su condición de Administración pública y el ejercicio de potestades administrativas, se ven sometidos en buena parte de su actividad al Derecho privado” (Morillo–Velarde del Peso, 1999 90).

Sirva esta exposición introductoria, no sólo para ilustrar sobre algunas de las peculiaridades (no las únicas; entre otras, cabe señalar la más destacada: las Autoridades Portuarias son organismos públicos íntegramente estatales, pero cuyo control político corresponde la Comunidad Autónoma de que se trate en cada caso), sino principalmente para subrayar la importancia macroeconómica del sistema portuario de titularidad estatal y la creciente inserción de la gestión portuaria –y, en particular, de su sistema de contratación– en el ámbito del Derecho privado. Lo que, sin duda, abre la puerta a nuestro entender a la posibilidad de composición extrajudicial de controversias a través del arbitraje.

Por ello, desarrollaremos acto seguido nuestro relato en torno a tres ejes principales:

- El ámbito objetivo del arbitraje, esto es, las materias que pueden someterse a ese instituto, con especial análisis de la contractual.
- El procedimiento para acordar el arbitraje en los organismos públicos portuarios.
- La relación entre el procedimiento de adopción de acuerdo compromisorio y el contenido del mismo.

II. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE

1. *Planteamiento*

ANTES de abordar el examen de tales cuestiones, merece la pena destacar que, hasta donde nuestra experiencia alcanza, las importantes controversias jurídicas que se han producido en torno las posibilidades de solución extrajudicial de conflictos de las Administraciones –y, en particular, de los organismos públicos portuarios– con particulares han girado en torno a supuestos de transacción. Empero, es lo cierto que el tratamiento legislativo de los requisitos para acudir a las soluciones extrajudiciales de transacción y arbitraje son similares en estos supuestos, por lo que el debate y la solución jurídica alcanzada serían aplicables en uno y otro caso.

El régimen de la transacción y el compromiso en árbitros en el ámbito de la Administración del Estado se concreta en dos preceptos, ambos vigentes y no exactamente coincidentes, lo que puede generar algunas dudas.



Por una parte, el art. 7 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, siguiendo sus precedentes legislativos, dispone:

“Sin perjuicio de lo establecido en el ap. 2 del art. 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los *derechos de la Hacienda Pública estatal*, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”

Y su art. 5.1 previene:

“La Hacienda Pública estatal, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos”.

A su vez, y obsérvese que son leyes prácticamente coincidentes en el tiempo, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, bajo la expresiva rúbrica “Transacción y sometimiento a arbitraje” dispone en su art. 31 lo siguiente:

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.”

Y su Disposición Adicional quinta.1 precisa que:

“El régimen patrimonial de los organismos públicos a que hacen referencia las disposiciones adicionales novena y décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, se sujetará a las previsiones de esta ley, *considerándose integrado en el Patrimonio del Estado el patrimonio de estos organismos*, en los términos previstos en el art. 9 de esta ley.

De los preceptos transcritos podemos extraer dos conclusiones:

- Que el legislador exige ciertas cautelas procedimentales para acudir a las formas de composición extrajudicial, tratando con idéntico rigor a la transacción y al arbitraje, según veníamos diciendo.
- Que así como la Ley General Presupuestaria establece un ámbito subjetivo para la exigencia de tales garantías adicionales (dictamen del Consejo de Estado en pleno, y autorización por real decreto de Consejo de Ministros, limitado al Estado y sus organismos autónomos, lo que excluye a los organismos públicos portuarios, que son organismos *sui generis*, a tenor de lo dispuesto en la Disposición adicional duodécima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas sujeta a tales trámites (y uno adicional: la propuesta del Ministro de Hacienda) toda transacción o arbitraje sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, entre los que se incluyen los de los organismos públicos portuarios. Sobre esta cuestión volveremos *in extenso* más adelante.



2. *Ámbito objetivo susceptible de arbitraje*

A diferencia de su precedente legislativo, la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo art. 39, rubricado “Arbitraje”, establecía que “los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que se celebren”, la vigente Ley de Contratos del Sector Público de 2017 no contiene ninguna disposición en tal sentido.

Ante el silencio del legislador actual, cabe recordar como el art. 2 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sienta como principio, que, en general, *son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles*.

Así pues, desde el punto de vista objetivo y ciñéndonos a lo que nos ocupa, serían susceptibles de ser sometidas a arbitraje todas aquellas controversias de los organismos públicos portuarios con particulares que se deriven de relaciones de Derecho privado, como puede ocurrir como ejemplo significativo, con discusiones relativas al patrimonio privado – no demanial– de aquellos (v.gr., contratos de alquiler sobre bienes patrimoniales). O, característicamente a los efectos, cumplimiento y extinción de las relaciones contractuales, en los términos que se exponen acto seguido.

No serán susceptibles de arbitraje todos aquellos supuestos en que Puertos del Estado o la Autoridad Portuaria de que se trate actúa como Administración pública, en ejercicio de potestades administrativas y dotada de una posición de *imperium*.

Daba la doble capacidad de actuación, de Derecho público y de Derecho privado, pueden ofrecerse dudas sobre el supuesto aplicable en cada caso. A tal efecto, cabe señalar:

- En principio, no parece que el arbitraje sea posible en conflictos relativos a las concesiones demaniales; si bien en la gestión del dominio público portuario la Ley de Puertos otorga amplio juego a las potestades discrecionales, cuya concreción en actos administrativos concretos si es susceptible de un consenso previo entre Administración y concesionario.
- No es posible someter a arbitraje las discusiones en materia de tasas portuarias, que ostentan la naturaleza jurídica de tributos estatales; ni sobre las mejoras de las tasas, que son ingresos no tributarios, pero de Derecho público. Pero sí sobre las tarifas por servicios, que son ingresos de Derecho privado, cuando excepcionalmente los prestan las Autoridades portuarias (en caso de ausencia o insuficiencia de prestadores privados).
- No podrán ser resueltas por árbitros, desde luego, las polémicas relativas a la aplicación del Derecho sancionador administrativo.



3. Especial referencia a la contratación de los organismos públicos portuarios.

A) Idea general

Durante la tramitación de los proyectos de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy, 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) y de la legislación sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. (finalmente incorporado al Real Decreto–Ley 3/2020, Real Decreto–ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales), se suscitó una intensa polémica sobre el régimen de contratación aplicable a los organismos públicos portuarios.

La pretensión inicial del Ministerio de Hacienda era que se les aplicara el muy riguroso nuevo régimen previsto para las Administraciones públicas (en el concepto específico de Administraciones Públicas que configura la legislación contractual), lo que los excluiría según tales proyectos legislativos de la posibilidad de desarrollar su actividad contractual al amparo de la legislación de contratos en sectores especiales y supondría que prácticamente todos los contratos deberían ser clasificados como administrativos, excluyendo por tanto la posibilidad de arbitraje. Tal pretensión carecía de sentido, toda vez que esa legislación especial es desde antaño de configuración e impulso del Derecho europeo, ante la necesidad de establecer procedimientos de contratación más ágiles en determinados sectores muy dinámicos, con presencia notable de operadores privados con derechos exclusivos, incluyendo específicamente el sector transportes, en el que se inscriben todos los puertos europeos.

Superada esa pretensión de declaración formal como Administraciones públicas, la propia literalidad de lo que hoy es el art. 3 Ley 9/2017, generaba toda suerte de inseguridad jurídica. En efecto, el art. 3 de la Ley, a diferencia de su precedente, sigue considerando Administración pública, a sus efectos:

“Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.”

Tal inseguridad no fue disipada, como se solicitó al amparo de los precedentes legislativos, mediante la incorporación al texto legal de un listado de entidades que podían contratar por los cauces de la legislación especial.

Es decir, que la consideración Administración pública o de Poder Adjudicador No Administración Pública (PANAP) –y, en consecuencia, el régimen jurídico de los contratos–



se hacía depender de que se interpretara si el organismo público de que se tratase tiene o no la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas, regulado Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. Un reglamento con finalidad básicamente contable, de gran extensión. Muy complejo y de no fácil interpretación.

Finalmente, la cuestión quedó clarificada respecto de las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado: tanto la Disposición Adicional trigésimo novena de la Ley 9/2017, como la Disposición Adicional decimosexta del Real Decreto-ley 3/2020, disponen que su régimen de contratación será el de los Poderes Adjudicadores No Administración Pública.

B) Materias arbitrables y no arbitrables en la contratación portuaria

Una vez clarificado el régimen jurídico de la contratación de los organismos públicos portuarios, podemos abordar las posibilidades o áreas de disponibilidad de la materia, o, lo que es lo mismo, de susceptibilidad de arbitraje que permite dicho régimen jurídico. A tal efecto, en principio, serán susceptibles de esa forma de composición extraprocésal las controversias sujetas al Derecho privado.

En este orden de cosas, habrá de ponderarse la aplicación de la técnica de los actos separables, teniendo en cuenta que los actos de preparación y adjudicación se regirán por el Derecho administrativo –materia no disponible y, por consiguiente, no arbitrable–, mientras que sus efectos, cumplimiento y extinción se regirán por el Derecho privado, siendo susceptibles de sometimiento a arbitraje.

Sin embargo, esta última afirmación requiere todavía la introducción de algún matiz, vinculado a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de Unión Europea, que genera una quiebra en la doctrina de los actos separables: a raíz de la jurisprudencia iniciada con las sentencias de 29 de abril de 2004, en el asunto C-496/1999 –*Succhi di Fruta*– y de 19 de junio de 2008, en el asunto C-454/2006 –*Presstext*–, se ha apreciado que determinadas modificaciones durante la vida del contrato, de carácter sustancial, pueden viciar la adjudicación inicial si son de tal naturaleza que algún operador que no lo hizo podría haber concurrido a la licitación de conocerlas, o lo habría hecho en términos diferentes, con posible afectación a la decisión adjudicatoria que tuvo lugar.

Tras declarar el art. 25 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público como contratos administrativos los celebrados por las Administraciones públicas, salvo excepciones (cuyo análisis excede de estas líneas dada la naturaleza de PANAP de los organismos públicos portuarios), el artículo siguiente califica como contratos privados “los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas”. Dichos contratos, continúa este último precepto, se regirán por el Derecho privado en lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción.

Acto seguido, con gran utilidad práctica al propósito que nos ocupa, el art. 27 del mismo texto legal, bajo la rúbrica de “Jurisdicción competente”, distingue entre las materias sujetas



a revisión por la Jurisdicción Contencioso–Administrativa (ap. 1) y las sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Civil (ap. 2).

Entre las primeras, letras:

- b) Las referidas a la preparación, adjudicación y *modificaciones contractuales*, “cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los arts. 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación” (doctrina *Succhi di Fruta*).
- c) La relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

Competencia de los tribunales civiles, según el ap. 2, a) de dicho precepto: Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que sean poderes adjudicadores, sean o no administraciones públicas, *con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado precedente*.

Por consiguiente, y para concluir este epígrafe, sería posible afirmar que son susceptibles de sometimiento al instituto arbitral (en cuanto sustitutivo del proceso civil) aquellas cuestiones que a tenor de lo expuesto estén deferidos por la Ley al conocimiento de la Jurisdicción civil, es decir, las relativas a los efectos y extinción de los contratos, así como aquellas modificaciones contractuales que no tengan un alcance tan sustancial que requerirían una nueva licitación.

III. PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR EL ARBITRAJE EN LOS ORGANISMOS PÚBLICOS PORTUARIOS

LA Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, hoy sin vigencia, establecía en su art. 45.5º que la solución de las controversias en cuanto a cumplimiento, efectos y extinción de los contratos podía someterse a arbitraje si así se preveía en los pliegos o en el documento contractual. Cabe apreciar que, desde el punto de vista procedimental –aun excluyendo por omisión el sometimiento a arbitraje a posteriori, una vez celebrado el contrato– bastaba incluir la previsión o cláusula compromisoria en los pliegos o en el propio documento contractual. La vigente Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en el art. 11 excluye expresamente de su ámbito de aplicación “los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación”. Nada parece oponerse, pues, a la viabilidad de la formulación tradicional, mediante la inclusión de la cláusula compromisoria en el pliego o en el documento en que se plasma el contrato.

De mayor interés es la cuestión, ya apuntada anteriormente, relativa a las formalidades o garantías procedimentales adicionales que establecen los arts. 7 Ley General Presupuestaria y 31 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, esto es, la necesidad de



acuerdo o autorización del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.

Teniendo en cuenta que la literalidad del art. 7 Ley General Presupuestaria excluiría de dichas exigencias a los organismos públicos portuarios, pues no son Administración General del Estado ni organismos autónomos, la cuestión no se resuelve, no obstante ello, con el principio de posterioridad (*lex posterior derogat lex anterior*), pues aunque coetáneas, la Ley General Presupuestaria es por unos días posterior a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, ya que el debate se ha centrado precisamente en la interpretación (formal o material) que haya de darse a dicho precepto del legislador presupuestario.

Como antecedente del debate cabe consignar el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 18 de febrero de 1999. En este informe, el más alto órgano consultivo se aparta del criterio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, materializado en un informe de 4 de junio de 1997, que concluyó que, al no tratarse las Autoridades Portuarias de organismos autónomos, era inaplicable el art. 39 de la entonces en vigor Ley General Presupuestaria (precedente en idénticos términos del art. 7 de la actualmente vigente) y, recordando el principio “*transigere est alienare*”, entendía aplicables las reglas de competencia y procedimiento para la enajenaciones de bienes por tales entes públicos. El Consejo de Estado, por el contrario, sí entiende exigibles los trámites del art. 39 Ley General Presupuestaria de 1977, tanto por una interpretación histórica (en la época de promulgación de ese texto legal en la Administración institucional sólo existían organismos autónomos por un lado y sociedades estatales por otro), como por el carácter de la actividad, que versaba sobre la naturaleza jurídica de las contraprestaciones (tasas o precios privados) a satisfacer por los usuarios, por los servicios recibidos de las Autoridades Portuarias.

Tuvimos ocasión en aquel momento de expresar nuestra discrepancia. Dijimos:

“En este marco normativo, sujetar la resolución extrajudicial de controversias respecto de las liquidaciones de los cánones portuarios al procedimiento extraordinariamente rígido que establece el art. 39 LGP para la Hacienda Pública, acaso se antoje excesivo o escasamente conforme con las tendencias generales de la legislación en la materia. Y ello con independencia de la opinión que pueda sustentarse acerca de dichas tendencias fuertemente descentralizadoras, de las que no somos especialmente partidarios.

No obstante, parece evidente que, expresado su parecer jurídico por el más alto órgano consultivo de la Administración del Estado, no resta en sede administrativa sino acatar su criterio, a menos que se vea rectificado o desmentido por decisiones judiciales firmes o modificaciones normativas que no son en absoluto previsibles” (Morillo–Velarde del Peso, 1999 96)

El debate ha resurgido recientemente, esta vez sobre materia contractual, y con un resultado contradictoriamente simétrico al precedente: la Abogacía General del Estado entendió para una transacción judicial de determinada Autoridad Portuaria que era preciso el dictamen *preceptivo* del Consejo de Estado en pleno y la autorización del Consejo de Ministros y, solicitado aquel dictamen, el Consejo de Estado estimó lo contrario. Veamos el desarrollo de la cuestión.

En la ejecución de un contrato de obras para la ejecución de un dique y con posterioridad al abono de la liquidación definitiva, se detectaron graves irregularidades en la certificación de la utilización de materiales. La Autoridad Portuaria presentó una demanda civil, además de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que dio lugar a la apertura de



un proceso penal, y la presentación de demanda por la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Cuentas. En este estado de cosas, las empresas integrantes de la UTE adjudicataria de la obra ofrecieron a la Autoridad Portuaria alcanzar una transacción, abonando una cantidad muy importante y muy próxima a la cifra reclamada, ya que discutían la inclusión de ciertas partidas o su cuantificación.

Sometida la cuestión a la Abogacía General del Estado, este Centro Directivo emite dictamen el 19 de septiembre de 2018, extendiéndose en las siguientes consideraciones:

- Tras enumerar los elementos ontológicos de todo contrato de transacción, recuerda el tenor de los arts. 7 y 5.1 LGP y el art. 31 LPAP.
- Alude a su criterio tradicional, en el sentido de que las exigencias de dictamen del Consejo de Estado en pleno y acuerdo del Consejo de Ministros no era aplicable a los organismos públicos portuarios, que no se integran en el concepto legal de Hacienda Pública.
- No obstante, transcribe *in extenso* el dictamen del Consejo de Estado antes mencionado de 18 de febrero de 1999 y concluye entendiendo en el caso la preceptividad de los onerosos trámites discutidos pues, aun admitiendo la naturaleza jurídico–privada del contrato, atendiendo a la naturaleza de la actividad administrativa controvertida concurren dos elementos de obligada consideración:
 - En primer lugar, que el contrato de obra tenía por objeto la construcción de un dique destinado a integrarse en el dominio público.
 - Adicionalmente, que en la financiación del contrato se había utilizado fondos procedentes de la Unión Europea, lo que “tiene una innegable trascendencia jurídico–pública, al adquirir el reino de España la condición de beneficiario de tales ayudas públicas frente a la Unión Europea. Los eventuales incumplimientos de la UTE adjudicataria distan, por ello, de ser una cuestión *inter privados* para trascender al ámbito del interés general”.

Siguiendo el criterio de la Abogacía General del Estado, se solicitó dictamen del Consejo de Estado *en pleno* con carácter preceptivo. Con origen en dicha solicitud, la *Comisión Permanente* del Consejo de Estado emite su dictamen de 22 de octubre de 2020. Tal diferencia en el órgano emisor –Pleno o Comisión Permanente– radica en que el Consejo de Estado rechazó que se tratara de un dictamen preceptivo, como se expone acto seguido.

El Consejo de Estado, tras recordar el régimen jurídico de las Autoridades Portuarias en materia de contratación y régimen patrimonial a tenor del art. 24 Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, así como la configuración *sui generis* que para tales organismos públicos patrocina la Disposición adicional duodécima de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, señala que resulta evidente que tales organismos públicos no están incluidos en el concepto de Hacienda Pública; añade que la contratación de la obra del dique no implicó ejercicio de poder público, tratándose de un contrato sujeto a Derecho privado, por lo que –con cita de su precedente dictamen ya mencionado reiteradamente de 1999– el criterio de la naturaleza de la actividad tampoco avalaría la aplicación del art. 7 Ley General Presupuestaria.



Excluye igualmente la aplicación del art. 31 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas pues el conflicto no se refiere a la titularidad de un bien del dominio público portuario ni tampoco a derechos sobre el mismo, sino a determinados pagos excesivos realizados por obras contratadas sobre aquel y la consiguiente necesidad de corrección de la correspondiente liquidación, lo que enlazaría más bien con la idea de una deuda pendiente de saldar.

Por ello, entiende que no se trata de un dictamen preceptivo, sin perjuicio de que pueda ser solicitado con carácter facultativo el criterio del Consejo de Estado para mayor garantía.

Descarta igualmente y en todo caso la intervención del Consejo de Ministros, ya que resulta inapropiado que un contrato privado –el de transacción– pueda ordenar la implicación en sus relaciones de Derecho privado de un tercero como el Consejo de Ministros, cuyas competencias se rigen por un principio de atribución legal, así como su actuación por una aplicación estricta de los procedimientos legales.

Es de señalar que el criterio de este dictamen reciente del Consejo de Estado ya ha sido aplicado, en materia de extinción por mutuo acuerdo de un importante contrato de obras, por el informe de la Abogacía del Estado en la Comunidad Autónoma de Galicia de 29 de mayo de 2024, previa conformidad de su contenido por la Abogacía General del Estado.

Así pues, al menos en materia contractual, la doctrina administrativa vigente avala la innecesidad de acudir al Consejo de Estado y obtener acuerdo favorable del Consejo de Ministros para transigir –y comprometer en árbitros– en las controversias que se susciten en los contratos que celebren los organismos públicos portuarios.

IV. EL “ACTO SEPARABLE” EN EL ACUERDO COMPROMISORIO

COMO quedó dicho, la Ley de Contratos del Sector Público excluye de su ámbito de aplicación los contratos relativos a servicios de arbitraje, declaración absolutamente lógica y coherente: a la naturaleza *intuitu personae* propia de la relación ínsita en los contratos de los servicios jurídicos (por cierto, excluidos de la aplicación de las directivas comunitarias, pero sometidos a la legislación de contratos del sector público por el legislador nacional, lo que no parece una decisión necesariamente ilustrada ni digna de encomio), se une la necesidad de que el /los árbitros gocen de la confianza, al menos inicial, de las dos partes en conflicto, circunstancia en todo punto incompatible con su selección por procedimiento de contratación sujeta a la legislación administrativa y decisión o adjudicación por una de ellas.

No obstante, sí resulta innegable que el compromiso arbitral tiene naturaleza contractual. Sin necesidad de mayores apoyos, baste la dicción literal del art. 11 Ley de Contratos del Sector Público.

Por ello, sí es cierto que para cristalizar el compromiso arbitral, sea en el pliego, sea como cláusula en el contrato, sea mediante un acuerdo o contrato *ad hoc*, al menos por la parte



del organismo público portuario, será preciso que la decisión se adopte en cada caso por el órgano competente –por lo común, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, salvo delegación– y siguiendo el procedimiento interno –normalmente, informe del Director, propuesta del Presidente y acuerdo del órgano colegiado–.

La cuestión que con carácter final y complementario se plantea radica en determinar las consecuencias del incumplimiento sustancial de esos requisitos formales o “actos separables” previos a la materialización del compromiso arbitral. Así como, si el arbitraje está contemplado en una cláusula del contrato, las consecuencias que comporta la posible anulación del contrato en el que está inserta por deficiencias en el procedimiento de preparación y adjudicación del mismo.

Cuestión que fue abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2021, que declara que, aunque el arbitraje estaba expresamente contemplado en el propio contrato de adjudicación, lo era en relación con su ejecución y cumplimiento, así como con su eficacia y resolución. Pero si la Administración pública constata y declara en ejercicio de su potestad de revisión de oficio que la adjudicación del contrato estaba viciada de nulidad, el arbitraje queda sin objeto, puesto que desaparece el propio contrato objeto del arbitraje. Concluye a estos efectos el Tribunal Supremo que “una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado en un contrato de obra no impide por sí mismo el ejercicio por una Administración Pública de su potestad de revisión de oficio de los actos de ejecución de dicho contrato.

Desde la perspectiva estricta del Derecho portuario, y sin perjuicio de la aplicabilidad de los recursos ordinarios, el art. 35 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante establece dos mecanismos específicos de impugnación y revisión de oficio de los órganos de las Autoridades Portuarias: un recurso de alzada impropio que pueden interponer Puertos del Estado y la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ubique el puerto y que resolverá el titular del Ministerio de adscripción; y la posibilidad de revisión de oficio, que puede ser instada por persona interesada, Puertos del Estado o el Ministerio de adscripción (así como por el órgano que dictó el acto) y que es resuelto por el Ministro del ramo, salvo si se tratase de materia tributaria, en cuyo caso la competencia resolutoria recae en el Ministerio de Hacienda.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

COMO corolario de lo expuesto, podemos concluir que, dada la peculiar naturaleza de los organismos públicos portuarios, existe un margen no necesariamente definido, pero cierto, para la solución extrajudicial de los conflictos que puedan surgir entre los organismos públicos y los particulares. Ello es claro en las relaciones contractuales y sobre las materias que el art. 27 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público remite al conocimiento del orden jurisdiccional civil.



En tales casos –en materia contractual– las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado no precisarán dictamen del Consejo de Estado en pleno ni Real Decreto autorizatorio del Consejo de Ministros.

La utilización del instituto arbitral puede encontrar dificultades prácticas en la tendencia a una cierta “equidistancia” en el laudo, basada en criterios de equidad. La Administración está sujeta al principio de legalidad; aunque es evidente que puede no tener razón, si llega a formalizar la controversia es porque entiende que la tiene; tolera un laudo adverso basado en razonamientos estrictamente jurídicos, pero es sensible a pronunciamientos contrarios que no se basen en la exclusiva y estricta aplicación del Derecho.

Para concluir, quizá sea útil recordar estas palabras precitado dictamen del Consejo de Estado de 22 de octubre de 2020:

“Por último, debe reflexionarse también desde un punto de vista práctico sobre el alcance y consecuencias de realizar determinadas calificaciones expansivas, susceptibles de ser aplicadas después a la actividad general y ordinaria de las Autoridades Portuarias, sometiendo toda eventual transacción (o arbitraje) que éstas puedan alcanzar a requisitos agravados, por cuanto ello puede introducir inconvenientes elementos de rigidez en su operativa jurídico-económica. La ley ha dotado de mayor flexibilidad a sus actos puramente de gestión económica frente a los actos de iure imperio o que involucren potestades públicas para dotarlos de una agilidad y adaptación a los requerimientos del mercado, sin mena, por ello, de los fines perseguidos y los intereses públicos en juego.”

BIBLIOGRAFÍA

CADENAS GARCÍA, M.I., “Problemática de las relaciones laborales de las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado”, *El Abogado del Estado en el sistema portuario. Jornadas celebradas en Madrid, 1 y 2 de julio de 1999*, Madrid Puertos del Estado D.L., 1999, pp. 52 ss.

MORILLO-VELARDE DEL PESO, A.A., “Transacción y compromiso sobre tarifas y cánones de los entes públicos portuarios”, *El Abogado del Estado en el sistema portuario. Jornadas celebradas en Madrid, 1 y 2 de julio de 1999*, Madrid Puertos del Estado D.L., 1999, pp. 96 ss.





CIMA



2019-2024









Este libro se terminó de
imprimir el 25 de
septiembre de
2024

