

Repensando el arbitraje en la contratación administrativa

Evolución y futuro

Por Carla Esplugues Barona [1]
(España)

I. Reflexiones iniciales [\[arriba\]](#)

Abordar una cuestión como la que aquí se plantea resulta de interés en el momento actual. No es una realidad nítida ni uniforme, sino que, antes, al contrario, refleja posiciones plurales, asimétricas y cambiantes, que responden a momentos concretos y a decisiones políticas variables. En algo estamos todos de acuerdo: es una “nueva” o “revitalizada” realidad en el Derecho público, en cuanto casi de forma constante -aun cuando con alguna excepción a la que referiremos en las páginas sucesivas- hablar de arbitraje era referirse al Derecho privado, una institución que permitía, históricamente, resolver conflictos jurídicos en función del criterio de la disponibilidad. Es por la tradicional definición de las materias administrativas como indisponibles, por la posición de garante del interés público que asume la Administración, que pareciera de antemano quedar vetado el cauce arbitral a todo el Derecho administrativo.

No obstante lo anterior, con el paso de la historia, esa división entre lo público y lo privado, que tan claramente funcionó en épocas anteriores, ha ido poco a poco difuminándose. Y lo que fue incuestionable en otro momento empezó a cuestionarse. Con la entrada en vigor en España de la Ley N° 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (“Ley N° 30/1992”) se admitió que las Administraciones Públicas pudieran celebrar acuerdos y pactos, con sus salvedades y sus condicionantes y, entre ellas, que se tratara de materias no susceptibles de transacción. Por tanto, el propio legislador reconoció que dentro de las relaciones con las Administraciones existen cuestiones que sí son susceptibles de transacción y ya no era tan nítido el veto a la disponibilidad en el sector público. La disponibilidad es, a la postre, la puerta abierta al arbitraje.

Ello no es óbice, empleando los mismos términos, a que del mismo modo que se abre, se cierre, en esa nube de duda a la que nos enfrentamos como juristas, sabedores de las consecuencias jurídicas e ideológicas que comportarían una aceptación abierta del arbitraje en las relaciones jurídico-públicas. Por tanto, toda cautela es poca, lo que no supone asumir una posición negadora de la realidad arbitral en el mundo de la conflictividad administrativa y, más especialmente, en aquella parcela en la que más se aproxima al sistema privado o económico como es el de la contratación.

A título de ejemplo, en materia de inversiones, el recurso al arbitraje como medio de resolución de aquellos conflictos surgidos entre un Estado e inversor se ha incrementado espectacularmente en los últimos veinte años, al compás del amplio proceso de liberalización del comercio internacional desarrollado desde finales del siglo XX[2]. La sociedad de la globalización ha transformado la manera de actuar en todos los ámbitos de la vida, en el consumo, en el relacional, en el económico, en el político y por ello también en el jurídico. Esta nueva realidad ha traído nueva conflictividad y nuevas maneras de resolver los conflictos, de ahí que case -aun cuando con no pocos problemas- con este escenario una nueva manera de afrontar

los conflictos, también en el ámbito público, a través de este arbitraje. Un arbitraje “peculiar” pero arbitraje es.

Sin embargo, esta tendencia a incorporar un modelo arbitral no puede observarse en el ámbito de la contratación doméstica con el Estado, donde el arbitraje sigue siendo cuestionado como forma de resolución de los conflictos, aun cuando la contratación con el sector público representa en nuestro país, según las estimaciones y los años, en torno al 10 % y el 20 % del PIB español[3] y, por ende, constituye un sector de enorme transcendencia económica.

Es por ello que, aun cuando en sede de inversiones extranjeras puede entenderse ya consolidado, aunque cuestionado, el arbitraje de inversiones[4], no se traslada esta posición a todos los ámbitos del Derecho público, o, dicho de otra manera, no puede obviarse que el Derecho administrativo, que, nace como un Derecho eminentemente estatal[5], ha sido tradicionalmente ajeno al empleo de cauces alternativos de resolución de conflictos[6]. Ese punto de partida condiciona cualquier otra decisión que se asuma en la regulación de modalidades de solución de conflictos administrativos. La incorporación, como se ha venido haciendo en numerosas legislaciones, de medios que permitan la solución extrajurisdiccional de conflictos con la Administración, no ha supuesto, sin embargo, un cambio real en la práctica. La legislación abre la puerta a estos métodos, pero en muchos casos ni tan siquiera se ha completado su desarrollo legislativo, lo que, lejos de una declaración de intenciones, se ha convertido en “papel mojado”.

Prima facie, el esquema tradicional de resolución de conflictos en materia administrativa en España -muy probablemente similar al existente en la mayor parte de los países- es dual: una primera instancia, en su caso, administrativa, en la que la propia Administración es juez y parte (el procedimiento administrativo), y una segunda instancia, jurisdiccional, ante los Tribunales de Justicia especializados (procedimiento contencioso-administrativo). Dicho esquema trae causa de la histórica negación de cualquier posibilidad de someter los conflictos con la Administración a un tercero distinto a un juez, derivado principalmente del papel de garante del interés público reconocido a la Administración en nuestra Carta Magna.

Es por el ello que, en Derecho español, la Administración goza de un régimen exorbitante de potestades respecto del Derecho común y de un sistema de control singular. En este sentido, la Administración tiene el privilegio de autotutelarse, es decir, salvo previsión expresa en contrario, la Administración puede, por sí misma, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sin necesidad de auxilio judicial[7]. Resulta evidente que la autotutela caracteriza y limita la tutela de la actuación administrativa. Unos poderes que han venido caracterizando la intervención de la Administración con base en los intereses públicos. Ahora bien, ese tradicional modelo dual de control propio del Derecho administrativo, caracterizado por los recursos administrativos y los judiciales, se aboga ineficaz e insuficiente para resolver las controversias administrativas, que cada vez son más numerosas y variadas y requieren una respuesta especializada, a la par que ágil.

Existe un dato que no puede obviarse y es la calidad que tiene la Administración como sujeto interviniente en la actividad económica y, por ende, también en la contratación. En este sentido, la Administración en materia de contratación, en su condición de garante del interés público, goza de un régimen de privilegios y prerrogativas que la sitúan en una situación de superioridad frente al tercero con quien contrata. Esto, cuanto menos y a priori, pareciera incompatible con una

institución como el arbitraje, precisamente por tratarse de un cauce de resolución de los conflictos jurídicos basado en los principios de igualdad y autonomía de la voluntad de las partes.

Mantener esta posición contraria a la consideración del arbitraje como posible cauce de solución de los conflictos planteados en sede de contratación con la Administración genera una clara asimetría en el tratamiento jurídico que se otorga en el ordenamiento jurídico. Así, la práctica demuestra una dualidad de realidades que coexisten: el arbitraje como cauce asentado de resolución de conflictos entre Estado y tercero en materia de inversiones, cuyo impacto ha llevado a algunos a superar su estricta consideración como mecanismo de resolución de una categoría peculiar de disputas, entendiéndolo como una manifestación de la idea de gobernanza global; y la negación del arbitraje como cauce de resolución de los conflictos en los contratos entre Administración y terceros en España, aun cuando los métodos de resolución de conflictos existentes se abogan ineficientes.

Merece, empero, destacarse que la posición negacionista de la viabilidad del arbitraje como cauce de resolución de conflictos en los contratos entre Administración y terceros en España no ha sido constante a lo largo de la Historia. Antes, al contrario, ha habido momentos en la historia jurídica española en los que el legislador se ha mostrado proclive a integrar estos cauces alternativos de resolución de conflictos en el sector público. Esta realidad siquiera permite avizorar que no es un imposible jurídico. Habrá, con cautela y reflexión, que diseccionar los diversos bloques o materias específicas en la contratación pública que pudieran abrigar posibilidades de derivar a un modelo arbitral. Lógicamente, no se trata de afirmar que los conflictos en materia de contratación pública puedan ser resueltos a través de un procedimiento arbitral, de forma categórica, o negar esta viabilidad, sino analizar sectores en los que la naturaleza del conflicto (aun cuando con el elemento “Administración”) es más similar al conflicto privado que al público, o dicho de otra manera, en aquellos supuestos en los que sería posible pactar, negociar, sin perjuicio de condiciones específicamente establecidas. Es por ello, aun limitándolo, cabría, con sus restricciones, hilvanar un posible procedimiento arbitral específico, sectorial, para la resolución de conflictos que pudieran suscitarse en el sector de la contratación pública, respecto de los cuales sería factible la disponibilidad de la Administración.

II. Retrato histórico del arbitraje para la resolución de conflictos en la contratación con la administración [\[arriba\]](#)

1. Primeras manifestaciones, discontinuas y asimétricas

La primera referencia al arbitraje en materia de Derecho público se encuentra en el Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852[8] por el que se establece la primera normativa española sobre contratos de servicios públicos. En su artículo 12[9], dicho Real Decreto prohibía expresamente recurrir al arbitraje para resolver conflictos derivados de la ejecución de los contratos en los que la Administración fuera parte, obligando a que fuera necesariamente la jurisdicción contencioso-administrativa la que conociera de tales discrepancias.

Cien años después, en 1953, el Decreto del 9 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales[10] vino a reafirmar que las controversias derivadas de los contratos con las Corporaciones locales “se entenderán siempre sometidos a los Tribunales competentes, con jurisdicción en el lugar en que las mismas tengan su sede”, añadiendo que será nulo el sometimiento

de estas cuestiones “a juicio de árbitros o de amigables compondores”, así como las subsecuentes sentencias o laudos.

Ese mismo año 1953 se promulgaba en España la primera Ley de arbitraje, cuyo padre científico fue el ilustre procesalista Jaime GUASP[11]. GUASP diseñó un modelo arbitral claramente iusprivatista, asentado en la idea de contrato, dado que las partes, desde el ejercicio de la autonomía de su voluntad, decidían pactar la resolución de sus conflictos jurídico-privados a través de arbitraje. En efecto, la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado es, como su propio nombre indica, una norma reguladora del arbitraje de Derecho privado, campo de aplicación al que se ciñe estrictamente[12].

La aprobación de la Ley N° 36/1988, del 5 de diciembre, de Arbitraje, supuso un punto de inflexión respecto de lo que había venido siendo la coyuntura anterior. El arbitraje no quedaba reducido a una vía para resolver conflictos meramente privados, como había venido sucediendo en las normas anteriores, sino que eliminaba el riguroso carácter privatista del arbitraje que había concedido la Ley anterior[13].

Un dato curioso al respecto fue precisamente que en el desarrollo del trámite parlamentario que precedió a la Ley de Arbitraje de 1988 se planteó la introducción de la terminología “pública o privada” en el artículo 1°, así como el acogimiento de un organismo arbitral ad hoc para canalizar los arbitrajes que pudieran plantearse sobre cuestiones de contratación pública o de Derecho administrativo general[14]. Es palmario que ya algo estaba, siquiera tímidamente, cambiando, incorporando ideas que, aun cuando no fueren materializadas en la práctica, generaban una percepción diversa de lo que la historia del arbitraje había venido aceptando.

2. Las primeras leyes de contratación administrativa en España

La primera norma específica de contratación pública es la Ley N° 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Esta norma abogó por diferenciar entre contratos suscritos con empresas nacionales o extranjeras cuando el contrato fuera a ejecutarse en España y contratos celebrados con empresas extranjeras cuando el contrato fuera a ser ejecutado en el extranjero[15]. Y, en este sentido, el Consejo de Estado en su Dictamen 214/1992, de 21 de mayo, al anteproyecto de Ley, subrayó la necesidad de generalizar la técnica del arbitraje, limitada a los contratos con componente extranjero, a toda la contratación administrativa[16], abogando por no incorporar diferencias derivadas de la existencia o no de componente internacional.

Pese a ello, el legislador del momento estableció 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, sorprendentemente, primó 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[17].

Esta distinción entre los contratos celebrados con empresas extranjeras ejecutados en España o en el extranjero no deja de ser una asimilación entre cuando el Estado

actúa *iure imperii*, dotado de prerrogativas, y cuando actúa como un sujeto privado más en un acto comercial (*iure gestionis*).

No debe olvidarse que el Estado goza de inmunidad de jurisdicción, entendida como la imposibilidad de enjuiciar a un Estado ante los tribunales de otro país y/o de que los Estados se sometan a tribunales arbitrales[18]. Por tanto, mientras los actos *iure imperio*, en los que el Estado actúa dotado de sus privilegios, recaerían bajo el paraguas de dicha inmunidad, los actos *iure gestionis*, en los que el Estado no actúa en su condición de autoridad, quedarían excluidos de protección inmunitaria[19] y, por ende, serían sometibles a arbitraje.

Fuera de nuestras fronteras, en el ámbito de la contratación internacional, no existe una jurisdicción común a todos los Estados que permita dilucidar los posibles conflictos y de ahí que el arbitraje internacional se presente como un mecanismo idóneo para fomentar esta tipología de contratos, buscando ofrecer una seguridad jurídica para aquél que invierte o contrata con un Estado extranjero. El tercero desconoce la jurisdicción del país en cuestión y su fiabilidad y el arbitraje permite generar confianza en los inversores a la hora de contratar.

Por su parte, respecto de la posibilidad de recurrir a arbitraje en relación con los contratos celebrados con empresas nacionales destaca que en su artículo 61.2, la Ley N° 13/1995 sujetaba el sometimiento a arbitraje a “los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas”, siendo que el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria requería a su vez, su aprobación mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. Esta remisión no deja de ser un movimiento hacia delante, pero ciertamente errático, en cuanto en modo alguno implica una admisión clara y expresa del arbitraje en materia de Derecho administrativo. El legislador ya no niega rotundamente su admisión, pero los obstáculos impuestos al arbitraje, en estos casos, siguen siendo indiscutibles.

El Real Decreto Legislativo N° 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se mantuvo en la misma línea, recogiendo el mismo tenor en sus artículos 60.2 y 117.3.

Un año después, en el año 2001, surgió una iniciativa a favor de la promulgación de una ley reguladora del arbitraje administrativo que se vio reflejada en un borrador de anteproyecto de ley que, pese a todo, nunca paso de dicho estadio. Dicho borrador recogía entre las materias sometibles a arbitraje, la ejecución e interpretación de los contratos con las Administraciones Públicas, previendo la incorporación de una disposición adicional en el entonces vigente Real Decreto Legislativo N° 2/2000.

Empero, el “gran cambio” llegó con la siguiente normativa de contratación, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Tras su modificación por la Ley N° 34/2010, de 5 de agosto, la Ley N° 30/2007 incorporó un artículo 320, que se reproduce por su importancia: “Los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley N° 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.”[20]

Aunque a primera vista, podría pensarse que dicho precepto supuso una admisión expresa del arbitraje como medio de resolución de los conflictos en los contratos con el sector público, lo cierto es que, como acertadamente indica GARCIA PÉREZ, la trascendencia del precepto está en lo que no dice y no tanto en lo que regula[21].

En efecto, el precepto regula, única y exclusivamente la posibilidad de someter a un arbitraje común, aquellas cuestiones que ya son per se de Derecho privado, excluyendo el arbitraje en los contratos administrativos, propiamente dichos. A título explicativo, la Ley N° 60/2003 establecía la distinción entre contratos privados y contratos administrativos, siendo los primeros aquellos celebrados con “entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública”[22]. Así, para dicha tipología de contratos -los contratos denominados “privados”- la Ley N° 30/2007 establecía que la adjudicación y preparación de los mismos se rige por la propia ley de contratos del sector público y, en su defecto, por el Derecho administrativo y, sin embargo, sus efectos, cumplimiento y extinción se regulan por Derecho privado[23].

Por consiguiente, la Ley N° 30/2007 se limitó a admitir el recurso al arbitraje para aquellas materias de la contratación administrativa sometidas al Derecho privado. Se articuló, por ende, un mecanismo de Derecho privado para la resolución de controversias de Derecho privado.

Debemos que destacar que la Comunidad Autónoma de Aragón, por su parte, desarrolló el Real Decreto Legislativo 3/2011, incorporando en su Ley de contratos, la posibilidad de someter a arbitraje la ejecución e interpretación de los contratos administrativos, propiamente dichos. En efecto, el artículo 22 de la Ley N° 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido mediante la Ley N° 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón preveía que “Los distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley N° 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”[24].

3. La actual Ley de Contratos del Sector Público

Sorprendentemente, la previsión del artículo 320 de la Ley N° 30/2007, transcrito posteriormente en el Real Decreto Legislativo N° 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ha sido eliminada en la actual Ley N° 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 (LCSP)[25]. Es decir, la LCSP ya no reconoce expresamente que aquellas cuestiones de la contratación pública sometidas a Derecho privado pueden ser dilucidadas en un arbitraje.

A mayor abundamiento, la LCSP ya no procura la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos celebrados con empresas extranjeras, sino que favorece que se incorporen “cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir” y solo, “cuando no sea posible”, se busque la incorporación de cláusulas de arbitraje. Por consiguiente, el legislador cambia la línea mantenida hasta la fecha y aboga por la sumisión a los Tribunales españoles,

en vez de a arbitraje, para la resolución de las controversias derivadas de contratos con empresas extranjeras, ya sean ejecutados en España o en el extranjero.

Por tanto, resulta que en nuestro ordenamiento actual no se reconoce expresamente la posibilidad de recurrir al arbitraje para resolver los conflictos derivados de los contratos con la Administración. Más, al contrario, parece que, pese a iniciales intentos por desarrollar este cauce, el legislador español ha echado marcha atrás y ha afirmado la sumisión a los Tribunal para resolver las discrepancias surgidas de estos contratos. Todo haría pensar que la reciente experiencia del Estado español con los arbitrajes derivados de la reforma del régimen retributivo de las energías renovables en nuestro país ha acrecentado la reticencia de la Administración a someter sus conflictos a un cauce arbitral[26].

III. Propuesta de unas bases a efecto de diseñar un modelo arbitral para la resolución de los conflictos derivados de los contratos con la administración [\[arriba\]](#)

Expuesta la situación jurídica actual, de ausencia de regulación de un modelo de arbitraje que puedan aplicarse en los supuestos de contratación del sector público, creemos interesante tratar de abordar una serie de cuestiones que van desde la viabilidad del arbitraje en estos casos, pasando por, en el supuesto de respuesta afirmativa, abordar, en su caso, si se trataría de un arbitraje común, sometido a las normas reguladoras de la Ley de arbitraje actual o si, por sus particularidades, requeriría de una norma reguladora específica y diferenciada. Allende la aceptación o negación genérica, hay que configurar un argumentario que permita, siquiera en caso de afirmación, las condiciones que rodearían la viabilidad del arbitraje en este sector.

De igual modo, una de las grandes cuestiones que deben considerarse cuando se pretende establecer las bases para la conformación de un posible arbitraje es la de si todas las relaciones jurídicas suscitadas en la contratación con la Administración podrían ser, en su caso, resueltas mediante arbitraje o si, por el contrario, debieran establecerse límites al ámbito material del mismo.

1. Modalidad de arbitraje

La actual Ley de Contratos del Sector Público (a partir de ahora LCSP) reconoce expresamente, en su artículo 24, que los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado. Así, pese a que la contratación con las Administraciones Públicas se denomina comúnmente “contratación administrativa”, la ley diferencia, dentro de la misma, entre contratos administrativos y contratos privados.

Son contratos administrativos, los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios celebrados por una Administración Pública, así como todos aquellos contratos declarados así expresamente por la Ley o 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 ella[27].

Por su parte, son contratos privados, los que celebren las Administraciones públicas cuyo objeto sea distinto de los indicados para los contratos administrativos; los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan

la condición de Administraciones Públicas; y los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador[28].

Por lo tanto, resulta necesario delimitar qué se considera Administración Pública a efectos de la LCSP para poder distinguir contratos administrativos y contratos privados. Así, la consideración de Administración Pública se encuentra establecida en el artículo 3º de la LCSP, considerando que se entiende por tal a las siguientes entidades 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) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

e) Los consorcios y otras entidades de derecho público.

Esta distinción entre contratos administrativos y contratos privados resulta necesaria para esclarecer la normativa aplicable a los mismos.

La LCSP establece que la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos, así como la preparación y adjudicación de los contratos privados se regirán por la propia LCSP y, supletoriamente, por derecho administrativo. Empero, la modificación y extinción de los contratos privados se regirán, por definición, por Derecho privado. Resulta, por consiguiente, evidente que la resolución de controversias suscitadas sobre estas cuestiones podría ser perfectamente sometida a un arbitraje de la Ley N° 60/2003, conforme a un criterio de disponibilidad de la materia. Es esta la posibilidad que reconocía, en su momento, la Ley N° 30/2007 y el Real Decreto Legislativo N° 3/2011 y, pese a la eliminación de su referencia concreta en la LCSP, es una opción que persiste y que es ajena al Derecho administrativo y a las particularidades del mismo.

Cuestión distinta es la resolución de controversias relativas a aquellas cuestiones o contratos sometidos a Derecho administrativo. Pese a su escasa virtualidad práctica, existe en nuestro ordenamiento cobertura normativa para el desarrollo de un sistema arbitral, que, sin ser equivalente de la vía jurisdiccional, sustituya a los recursos administrativos de alzada y reposición por desarrollo legislativo, de conformidad con el artículo 112.2 de la Ley N° 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pero no existe cobertura normativa para el recurso al arbitraje, como equivalente jurisdiccional, en materia de Derecho administrativo[29].

Por tanto, cabe la posibilidad de que, mediante Ley, se instaure un mecanismo arbitral, carente de los elementos esenciales del arbitraje común, como el de cosa juzgada o la voluntariedad, para la resolución de las controversias suscitadas en relación con los contratos administrativos y la modificación y extinción de los contratos privados, conforme a los términos de la LCSP; pero no existe fundamento

en nuestro ordenamiento para recurrir a arbitraje como vía alternativa a los Tribunales de Justicia. Esto último requeriría de cambios en nuestro ordenamiento que previeran esta opción.

Existen ejemplos actuales en el ordenamiento jurídico español que bien pudieran servir para inspirar y construir un modelo arbitral en materia de contratación con la Administración, como el recurso especial en materia de contratación, regulado en los artículos 50 a 59 de la LCSP y en el Real Decreto N° 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Desde 2010, el número de recursos interpuestos va in crescendo debido a la confianza que este mecanismo está generando en los posibles recurrentes[30]. La rapidez en la resolución de estos recursos, así como el bajo porcentaje de resoluciones por estos órganos impugnadas en el contencioso (3-13 %) se presentan como sus principales elementos de fortaleza[31].

2. Tipología de controversias en el sector de la contratación administrativa y su arbitrabilidad

La Ley N° 60/2003, de Arbitraje recoge, en su artículo 2, las materias objeto de arbitraje, estableciendo que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”[32]. Por tanto, la actual ley de arbitraje establece el criterio de la disponibilidad como criterio de arbitrabilidad en el Derecho privado[33]. Supuso un avance tremendo respecto de la situación anterior, en la que se delimitaban materias arbitrables y materias excluidas. El concepto de disponibilidad abre una puerta a la mayor interpretación de su significado.

Por su parte, el Derecho administrativo se ha caracterizado históricamente por la negación de cualquier posibilidad de someter los conflictos con la Administración a un tercero distinto a un juez. No debe olvidarse que las materias administrativas son por definición indisponibles y que, por mandato constitucional, la Administración se erige en garante del interés público. Es por ello por lo que, tradicionalmente, se ha negado a la Administración española cualquier posibilidad de transigir, de pactar, de convenir; negación que, sin embargo, ha ido relajándose con el paso de los tiempos[34].

Ahora bien, prima facie, entendemos que una de las grandes cuestiones que deben considerarse cuando se pretende establecer las bases para la conformación de un arbitraje en materia de contratación administrativa es la de determinar si todas las relaciones jurídico-administrativas derivadas de los contratos con la Administración podrían, en su caso, ser resueltas mediante arbitraje o si, por el contrario, debieran establecerse límites al ámbito material del mismo.

Siguiendo a TARUFFO, lo relevante no es diferencia entre lo “público” y lo “privado” para valorar el oportuno recurso a los medios alternativos de resolución de conflictos y, en este caso, al arbitraje, sino “proveer de instrumentos eficientes de tutela a los sujetos que tengan necesidad de ellos”[35]. Este autor aboga por que, sea cual sea el ámbito de actuación, la valoración debe hacerse respecto de la situación jurídica y de los sujetos implicados en la controversia, siempre con las debidas garantías.

El punto de partida esencial será centrarse en los intereses en juego. A partir de este análisis ciertamente habrá numerosos supuestos en los que la indisponibilidad impida el acuerdo, aun cuando en otros muchos, y aun exigiendo condiciones para su eficacia, habrá intereses en juego que permitirán las transacciones, los consensos y los acuerdos y, por ello, un posible arbitraje. Un juicio sobre el arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos que quiera tener pretensión de validez debiera ser formulado caso por caso. No estamos ante un sector de disponibilidad de partida sino, al contrario, ante un ámbito en el que ad contrarium se parte de la negación de la disponibilidad salvo excepciones.

Podemos, por tanto, considerar que uno de los principales obstáculos que surge para el recurso al arbitraje en materias de Derecho administrativo y, por ende, en materia de contratación pública, es precisamente la evolución y aceptación de la arbitrabilidad de las controversias. Y la arbitrabilidad está vinculada con la disponibilidad de la propia materia, y, sin embargo, en Derecho administrativo las potestades de la Administración son, por definición, indisponibles.

A diferencia del Derecho privado, en Derecho público se tutelan intereses públicos que se sustraen del poder de disposición de las partes en conflicto, y especialmente de la Administración, que se erige en garante de los mismos. La Administración no tiene disposición sobre los intereses generales, a los que debe servir en todo momento, y de ahí la dificultad de plantear un arbitraje para cualquier materia de Derecho administrativo. Sin embargo, resulta posible delimitar materias, dentro del Derecho administrativo, en las que la Administración no actúa como garante del interés público y, por ende, sí podría plantearse un recurso a la institución arbitral[36]. En este sentido, la contratación administrativa y, en general, el ámbito convencional, se presentan como materias idóneas para el arbitraje[37].

En línea con cuanto se viene exponiendo, y aun cuando no se refiere específicamente al arbitraje, resulta de interés poner en valor el impulso que desde la Unión Europea se está realizando en favor de la mediación[38]. Así, la Unión Europea ha llevado a los Estados a legislar en materia de mediación también en el sector de la Administración, y sobre todo abrigó una interesante reflexión acerca del elenco de materias que podrían considerarse como disponibles a efectos de la mediación administrativa. Lógicamente, el esfuerzo realizado en este ámbito y para poder configurar una suerte de elenco de materias que pudieren plantearse en mediación administrativa, permite trabajar con unos datos y un feedback que ofrece resultados incontestables también para el ámbito del posible arbitraje que pudiere diseñarse en este sector. Y en esa reflexión los contratos del sector público aparecen reiteradamente como un ámbito adecuado para el desarrollo de estos cauces alternativos de resolución de conflictos. A título ejemplificativo, destacan la Recomendación R (2001) 9[39] o el Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa[40] de 26 de junio de 2011.

En consecuencia, atendiendo los argumentos y disposiciones expuestas, pareciera que la viabilidad de la arbitrabilidad de la ejecución e interpretación de los contratos administrativos cabría incorporarlos en el elenco de posibles controversias derivables a arbitraje. Repárese que se trata de controversias en relación con la aplicación e interpretación de los contratos administrativos, que a priori en nada afecta al interés público. Si existiera riesgo de afectación a intereses de terceros o al interés general, debiera quedar excluido el arbitraje. La naturaleza de la relación

jurídica es contractual, aun cuando uno de los elementos subjetivos de la misma es la Administración.

Especial relevancia reviste el principio de libertad de pactos regulado en el artículo 34 de la actual LCSP para la determinación de la disponibilidad en el ámbito administrativo. Y es que, aunque referido al ámbito de la contratación administrativa dicho precepto prevé que “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, los límites del principio de libertad de pactos y, por ende, de la disponibilidad, son el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración.

Por el contrario, resulta destacable que no podrán ser susceptibles de arbitraje las controversias sobre capacidad y solvencia de las empresas, garantías, clasificación, tramitación expedientes de contratación y adjudicación puesto que no puede entrar el árbitro a conocer de intereses públicos generales ni de las reglas exorbitantes de la Administración, ni tampoco puede esta última renunciar a ellas. En este sentido, quedará siempre excluido de un posible arbitraje también el *ius variandi* que permite a la Administración modificar unilateralmente un contrato, dado que dicho poder no proviene del contrato propiamente dicho sino de la Ley que exige a la Administración velar por el interés público[41].

IV. Algunos referentes en el derecho comparado [\[arriba\]](#)

Echar la vista a un lado y referir a la realidad existente en el contexto comparado, donde la situación es dispar, según los distintos modelos de Derecho administrativo, permite valorar y confrontar las distintas maneras de afrontar el recurso al arbitraje para la resolución de los conflictos en la contratación pública[42].

1. El modelo francés

En Francia, país del que proviene nuestro modelo de Derecho administrativo, el principio general sigue siendo el de la prohibición del arbitraje en materia de Derecho administrativo[43], que se encuentra recogida expresamente en el actual artículo 2060 del Code Civil.

Dicho precepto establece que “no se puede comprometer (...) sobre los conflictos relativos a las colectividades públicas y a los establecimientos públicos en todas las materias referidas al orden público”[44]. Por tanto, no se distingue según el objeto esté o no sometido a Derecho administrativo, sino que se atiende a las partes y al orden público para excluir el arbitraje. Si una de las partes es una Administración, no ha lugar a transigir o a someter a un cauce distinto del jurisdiccional las posibles disputas que se susciten.

Sin embargo, ya desde la Ley de 17 de abril de 1906, se autorizó al Estado y a sus entes territoriales (les départements y les communes) a recurrir a arbitraje para la liquidación de los gastos de los contratos de obras y suministros. Por tanto, la excepción permitida desde el año 1906, y recogida en el actual artículo 128 del Code des Marchés Publics, se produce en el ámbito de la contratación administrativa. Se trata de una excepción muy limitada y que, en todo caso, requiere de una autorización mediante decreto, previos informes del ministro competente y del ministro de Economía.

En todo caso, el fundamento del rechazo generalizado al arbitraje administrativo en Francia, excepcionable por determinación legislativa expresa, se funda en la imposibilidad de recurrir a otros mecanismos distintos de los jurisdiccionales para el control de la Administración. Para los franceses, es incuestionable la idea de la separación de poderes[45], elemento nuclear del pensamiento revolucionario y, por tanto, la preocupación por separar nítidamente Administración y Poder Judicial. Pero, como en Derecho español (o en Derecho español, como en el Derecho francés), el arbitraje se ha cuestionado en el ámbito de la contratación administrativa doméstica, pero no así en el ámbito de la contratación del Estado francés con inversores o empresas extranjeras, resultando incuestionable la aceptación del arbitraje en el ámbito de los contratos de naturaleza internacional[46].

Con todo, en la década de los noventa se trató de poner en cuestión esa prohibición general, con una cierta revisión de esta posición tan contraria al arbitraje en materia administrativa[47]. Destaca, en este sentido, el estudio del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1993 “Règler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative”[48] que proponía expresamente la extensión del arbitraje al ámbito de la contratación administrativa.

El ordenamiento jurídico francés empezó, por tanto, a presenciar, una cierta apertura a favor de la institución arbitral[49].

La apertura hacia la aplicación de fórmulas arbitrales en el Derecho administrativo francés ha sido cada vez más evidente y varios son los ejemplos que demuestran la progresiva incorporación de fórmulas arbitrales al ámbito administrativo, especialmente en el ámbito de los contratos.

Así, entre otros, el legislador francés ha permitido puntualmente el recurso al arbitraje puntualmente, para organismos o entes determinados -como la SNCF o la Poste-, o para materias concretas -como las disputas nacidas de la ejecución o interpretación de los contratos administrativos concluidos “para la ejecución de operaciones de interés nacional” y con componente internacional[50]-.

Por su parte, la ordenanza N° 2004-559 de 17 de junio de 2004 sobre contratos de colaboración público-privado reconoce la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales a esta tipología contractual, por la complejidad de estos contratos, su carácter internacional y la presión ejercida por los principales promotores y bancos. Es esta la excepción de mayor trascendencia al principio de interdicción del arbitraje en Derecho público hasta la fecha.

En marzo de 2007 se presentó el denominado “Rapport Labetoulle”[51] resultado del grupo de trabajo sobre arbitraje consensuado a petición del Garde des sceaux francés. El objeto de dicho grupo de trabajo era reflexionar sobre las hipótesis y condiciones bajo las cuales la Administración y los entes públicos podrían recurrir a arbitraje para resolver sus disputas. El informe abogó por autorizar a las personas públicas a someterse a arbitraje, pero limitando al ámbito material única y exclusivamente a los litigios contractuales, suscitados durante la ejecución del contrato. El Informe se presentó junto con un proyecto de ley de 14 artículos. Pero no parece que el Rapport Labetoulle haya dado lugar a desarrollos posteriores, ni que el proyecto de ley haya tenido mayor recorrido.

Por tanto, y pese a ciertos esfuerzos aperturistas, el arbitraje sigue sin reconocerse como cauce para la resolución de los conflictos con la Administración. Pese a ello,

sin duda, el ámbito de la contratación pública se presenta como el ámbito por antonomasia para ello.

2. El modelo norteamericano

Estados Unidos, por su parte, es el país cuna de los cauces alternativos de resolución de conflictos -las denominadas Alternative Dispute Resolution o ADR-.

El origen de las ADR se identifica en un verdadero impulso o movimiento que surge en Estados Unidos -o quizás habría que afirmar que fue allí donde su proyección y difusión alcanzó una mayor visibilidad mundial-[52] a raíz de una búsqueda de transformar planteamientos y maneras de actuar. Y ello fue esencialmente debido a un determinado momento histórico, las primeras décadas del siglo XX, marcado por unas coordinadas sociales post-bélicas, fuertes movimientos migratorios hacia los Estados Unidos, la hambruna, la crisis económica, el aumento de la criminalidad, y un largo etcétera de motivos que avalaron una lucha social contra la discriminación, la desigualdad y la miseria. Si bien fueron factores que desencadenaron movimientos de búsqueda de una “mejora de vida”, también en sede de Justicia supusieron una necesidad de búsqueda cambio y, con ello, de métodos de solución de conflictos a los que pudieran acceder todos los ciudadanos.

Así, el modelo americano difiere radicalmente del modelo continental o español, no sólo por las potestades atribuidas a cada uno de los poderes del Estado, sino también por el sistema de control a las agencias administrativas, quienes detienen en Estados Unidos, las potestades atribuidas en nuestro país a la Administración.

Frente al modelo continental, los países del common law carecen de una jurisdicción especial para el ámbito administrativo y ello por cuanto, en los mismos no existe un acto administrativo como tal que resulte plenamente ejecutivo y que requiera ser discutido en una jurisdicción especializada[53]. Y en el ámbito contractual, el derecho anglosajón no reconoce inmunidad a los contratos, sean o no con contratos públicos[54].

Frente a la Alternative Dispute Resolution Act de 1990 que buscó que las agencias comenzaran a recurrir a los medios alternativos de resolución de conflictos en el seno de sus ámbitos de actuación, en 1996 se promulgó la denominada Administrative Dispute Resolution Act[55], que reforma diversas disposiciones del US Code y admite el juego del arbitraje en relación con el funcionamiento de la Administración en distintos ámbitos de su actividad. Dicha norma establece un criterio negativo de arbitrabilidad, es decir, frente a una regla general de admisión de arbitrabilidad, delimita los límites a la misma.

Debe entenderse que la Alternative Dispute Resolution Act de 1990[56] buscó sustituir a la hasta entonces Contract Disputes Act de 1978, que regulaba un sistema de recurso equivalente a la vía administrativa española. Las partes de un contrato podían recurrir ante la Agency Boards of Contract, que tiene la consideración de órgano administrativo, siendo las decisiones posteriormente recurribles ante un tribunal judicial.

Por su parte, la Alternative Dispute Resolution Act de 1996, fruto de su tiempo, incorporó expresamente en su artículo 3º, la necesidad de promover los medios

alternativos de resolución de conflictos en materia de contratos con la Administración, continuando la senda emprendida en el año 1990.

El laudo alcanzado en el arbitraje es ejecutable, y ninguna acción presentada para ejecutarlo puede ser rechazada ni el auxilio negado basándose en que sea contrario a los Estados Unidos o que los Estados Unidos sea una parte indispensable, de acuerdo con la Sección 576 del Título 5 del US Code. Por tanto, las decisiones tienen valor de cosa juzgada y agotan la vía. Existe, en cualquier caso, la posibilidad de que las partes, y por ello, también la agencia, recurra la decisión del árbitro para su revisión judicial, pero solo en limitados casos tasados, como ocurre en nuestro modelo arbitral[57].

3. La experiencia peruana

El modelo peruano de arbitraje en materia de contratos con la Administración Pública se encuentra de gran actualidad.

3.1 Regulación del arbitraje en la contratación con el Estado

La posibilidad de someter a arbitraje las controversias de Derecho administrativo en general deriva de la propia Constitución Política del Perú, cuyo artículo 63 reconoce que “el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (sic) (...) a arbitraje nacional o internacional, de la forma en que lo disponga la ley”.

En desarrollo de lo anterior, la Ley de arbitraje peruana, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071, dispone en su artículo 4 que “las controversias derivadas de los contratos y convenidos celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional”, añadiendo que “el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país”. Por tanto, el legislador peruano sitúa al Estado en una posición de igualdad respecto de los sujetos privados, permitiendo el sometimiento a arbitraje de las controversias derivadas de contratos con la Administración, tanto con empresas nacionales como extranjeras. Esto contrasta con el modelo español en el que, como se ha expuesto anteriormente, la Administración siempre ocupa una posición de superioridad respecto del tercero.

No sólo eso sino que, cuestionada su eficacia y objetividad, con fecha 23 de enero de 2020, el Estado Peruano aprobó un decreto de urgencia que modifica Ley de arbitraje peruana, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071, y, entre otras cuestiones, establece que en los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano como parte, el laudo tendrá carácter de público y se publicará una vez concluido el proceso arbitral, por cuanto “dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país”. Esto contrasta con el principio de confidencialidad que rige la institución arbitral.

Así las cosas, la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1017, establece, en su artículo 40, la necesaria obligación de incorporar cláusulas de sumisión a arbitraje para “toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato”. Y añade que, en caso de que

dicha cláusula no se incorpore de manera expresa en las bases o en el contrato, “se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”.

Este precepto trae causa de la antigua Ley N° 26.850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, del año 1988, que estableció, por vez primera, la obligación de recurrir, en su caso, a arbitraje o a conciliación extrajudicial, según acuerden las partes, para la resolución de discrepancias surgidas respecto de la ejecución o interpretación de un contrato con la Administración[58].

Por tanto, hoy en día, en Perú existe la obligación de incorporar cláusulas de sumisión a arbitraje en relación con todos los conflictos que puedan surgir durante la ejecución de un contrato con la Administración. Dicho arbitraje se regula por la reciente Directiva N° 004-2020-OSCE/CD que aprueba el Reglamento del régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario en contrataciones del Estado a cargo del SNA-OSCE.

Resulta cuanto menos sorprendente puesto que en el resto de los países de América Latina este arbitraje no es obligatorio[59].

3.2 ¿Obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública?

El artículo 40 de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado parece no da lugar a dudas y establece un arbitraje obligatorio, no negociable por las partes.

En este sentido, conviene evidenciar que la anterior Ley de arbitraje peruano, Decreto Ley N° 25.935, preveía la posibilidad de que una parte obligara a la otra a someterse a arbitraje, mediante una “carta notarial”[60]. Pero la actual Ley de arbitraje, Ley N° 26572, eliminó estas referencias, abogando por un arbitraje basado en la autonomía de la voluntad de las partes.

Resulta, por ende, contradictorio puesto que el arbitraje, tal y como se concibe en la Ley peruana de Arbitraje, es voluntario y debe primar la autonomía de la voluntad de las partes, mientras que, por su parte, se impone la exigencia de incorporar cláusulas de sumisión a arbitraje, sin excepción, para la resolución de los conflictos derivados de la ejecución de los contratos públicos.

Podría negarse que se trate de un verdadero arbitraje puesto que el mismo carece de una de las notas esenciales, como es la voluntariedad. En este sentido, entre otros, TRAYTER defiende que el hacer obligatorio la institución del arbitraje supondría una “desnaturalización de la misma”, por cuanto su base legitimadora se encuentra en la voluntad de las partes que confían y buscan una solución mediante el recurso al arbitraje[61].

Pero, sin embargo, algunos autores consideran que, discutiblemente, no se trata de una “autoexigencia” para el Estado, que está obligado a incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, pero sin que se afecte por ello a la voluntariedad del arbitraje[62].

Sorprendente resulta, en todo caso, la referencia a que, aunque dicha cláusula no se incorpore en las bases o en el contrato, se entenderá por puesta. Al respecto GARCÍA-CALDERÓN defiende que dicha incorporación sería ilegal, puesto que el convenio arbitral no constaría en el contrato o el compromiso suscrito entre sujeto

privado y Administración y, por tanto, salvo acuerdo entre las partes, no podría invocarse la obligación de recurrir a arbitraje[63].

Bibliografía [\[arriba\]](#)

ALFORD, R., “The Convergence of International Trade and Investment Arbitration”, Santa Clara Journal of International Law, vol. 13, 2015.

AUBY, J.M., L’arbitrage en matière administrative, Paris, A.J.D.A, 1955.

BARONA VILAR, S., “Fomento de las ADRs en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social), en Revista Sequência, núm. 51, 2005.

BINGHAM, L.B., WISE, C.R., “The Administrative Dispute Resolution Act of 1990: How Do We Evaluate Its Success?”, en Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART, Vol. 6, N° 3, 1996.

BOND, S., “Deconstruction of National Sovereignty - Taking down the barriers between nations”, Princeton Law Journal, 1997.

CASSESE, S., “Crisis y transformaciones del Derecho administrativo”, Documentación Administrativa N° 250-251, enero-agosto 1998.

CASTILLO FREYRE, M., SABROSO MINAYA, R., “El arbitraje del Estado peruano”, en Ius et Veritas, N° 43, 2011.

Ibidem, “Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública”, en Revista Boliviana de Derecho, N° 11, enero 2011

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA, “Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España (E/CNMC/004/18)”, 7 febrero 2019.

CONSEIL D’ETAT, Règler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Etude adoptée par l’Assemblée Générale du Conseil d’État le 4 février 1993, Paris, La Documentation Française, 1993.

CUEVAS MORALES, C., “El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, en Cathedra. Espíritu del Derecho, N° 8, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001.

DEVOLVÉ, P., comunicación presentada en la Asociación Francesa del Arbitraje el 17 de septiembre de 1990, citado en PATRIKIOS, A., L’Arbitrage en matière administrative, Paris, LGDJ, 1998.

DÍAZ BRAVO, E., “Desarrollo histórico del principio de separación de poderes”, en Revista de Derecho, núm. 38, Colombia, julio-diciembre 2012.

ESPLUGUES BARONA, C., Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y realidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Ibidem, “Arbitraje de inversiones en materia de energía y jurisdicción nacional, entre la guerra y la paz”, Revista General de los Sectores Regulados N° 4, noviembre 2019.

Ibidem, Arbitraje y Derecho administrativo..., cit.; ESPLUGUES BARONA, C., “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?” en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, N° 2, octubre 2019.

Ibidem, “Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿utopía o realidad?” en Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, N° 24, 2018

Ibidem, “Mediación y arbitraje en Derecho administrativo español”, en Revista Boliviana de Derecho, N° 27, 2019

Ibidem, “Algunas reflexiones sobre el modelo francés y norteamericano de arbitraje como cauce de resolución de conflictos administrativo” en Revista General de Derecho Administrativo, N° 50, enero 2019.

ESPLUGUES MOTA, C., “Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones: dos dogmas de la Modernidad sometidos a revisión”, en ESPLUGUES MOTA, C. (Ed.), Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia, Cizur Menor, Civitas-THOMSON Reuters, 2016.

EVANS, R.J., “The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving Federal Agency Use of Alternative Dispute Resolution Processes”, Administrative Law Review, 1996, vol. 50

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P., AROZAMENA LASO, A., El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso administrativo, Vol. II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, G., “Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado”, en Ius et Praxis, núm. 32, 2001.

GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo. I., 13ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

GARCÍA ORTELLS, F., “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho Público”, Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 16, 2013.

GARCÍA PÉREZ, M., Arbitraje y Derecho administrativo, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

GUASP DELGADO, J., El arbitraje en el derecho español. Su regulación conforme la ley de 22 de diciembre de 1953, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1956.

KAMGA J., L'arbitrage en matière administrative. Aspects du droit positif français, Leipzig, Éditions Universitaires Européennes, 2015.

KUNDMÜLLER CAMINITI, F., “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, en Themis. Revista de Derecho, núm. 39, 1999.

MONTERO AROCA, J., ESPLUGUES MOTA, C., “artículo 2”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

SORIANO HINOJOSA, A., “La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional”, Revista Arbitraje, vol. IX, N° 1, 2016.

TARUFFO, M., “Aspectos de crisis de la Justicia civil: fragmentación y privatización”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 3, 1999.

TORNOS MAS, J., “Título III: De las actuaciones relativas a la contratación. Capítulos I, II y III: Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración” en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2004, 2ª ed.

TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, en Revista de Administración Pública, núm. 143, mayo-agosto 1997.

VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, en LÓPEZ RAMON, F. (Coord.), Las vías administrativas de recurso a debate, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

WARD, M., “Public Fuss in a Private Forum”, Harvard Negotiation Law Review, 1997, Vol. 2.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Doctora en Derecho y abogada en ejercicio. Valencia International University (VIU).

[2] ALFORD, R., “The Convergence of International Trade and Investment Arbitration”, Santa Clara Journal of International Law, vol. 13, 2015, pág. 38 y ss.

[3] COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA, “Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España (E/CNMC/004/18)”, 7 febrero 2019: <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00418>

[4] ESPLUGUES MOTA, C., “Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones: dos dogmas de la Modernidad sometidos a revisión”, en ESPLUGUES MOTA, C. (Ed.), Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 60-100.

- [5] CASSESE, S., “Crisis y transformaciones del Derecho administrativo”, Documentación Administrativa Nº 250-251, enero-agosto 1998, pág. 215.
- [6] Puede verse ESPLUGUES BARONA, C., Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y realidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- [7] Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo. I., 13ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006, págs. 495-542.
- [8] <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1852/6460/A00001-00002.pdf>
- [9] “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 que señalan las leyes vigentes”.
- [10] <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1953/044/A00907-00914.pdf>
- [11] Vid. GUASP DELGADO, J., El arbitraje en el derecho español. Su regulación conforme la ley de 22 de diciembre de 1953, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1956.
- [12] El artículo primero de la Ley de arbitraje de 1953 disponía lo siguiente: “La presente Ley regula los arbitrajes de Derecho Privado en sustitución de las normas que a los mismos dedican el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil y disposiciones de igual naturaleza, tanto sobre arbitraje, como sobre amigable composición. Los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho Público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquiera otra índole, continuarán cometidos a las disposiciones por que se rigen”.
- [13] Artículo 1: “Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho.”
- [14] FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P., AROZAMENA LASO, A., El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso administrativo, Vol. II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 129.
- [15] GARCÍA ORTELLS, F., “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho Público”, Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 16, 2013.
- [16] En el apartado referido a las “reglas de aplicación a los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero”, el Consejo de Estado se pronuncia como sigue: “(...) El precepto no suscita objeción en sí mismo; pero sí en su constreñimiento al ámbito de la contratación que se celebre en el extranjero, no haciéndose extensivo a la contratación con las empresas nacionales como una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso. El Anteproyecto, atento en otros extremos a agilizar el régimen de la contratación pública y abierto en general a su renovación, parece acusar, sin embargo, en esta materia la rigurosidad con que se ha venido considerando tradicionalmente la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos del Estado, al no haber dado acceso a su ámbito al único precepto reglamentario que trata de aquella con carácter general.”
- [17] El artículo 117.3 de la Ley Nº 13/1995 preveía 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. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros.”
- [18] SORIANO HINOJOSA, A., “La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional”, Revista Arbitraje, vol. IX, Nº 1, 2016, pág. 104.
- [19] SORIANO HINOJOSA refiere a este hecho como “la teoría de la inmunidad restringida”, en SORIANO HINOJOSA, A., “La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional”, cit., pág. 104.

- [20] Este precepto sería transcrito posteriormente en el artículo 50 del 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.
- [21] GARCÍA PÉREZ, M., Arbitraje y Derecho administrativo, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pág. 106.
- [22] Artículo 20.1 de la Ley N° 30/2007.
- [23] Artículo 20.2 de la Ley N° 30/2007.
- [24] Se consultó a la Administración aragonesa a través del Portal de Transparencia y ha confirmado que no consta ninguna experiencia de arbitraje en Aragón en aplicación de esta previsión.
- [25] El dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público no indicó razonamiento o motivación alguna acerca de esta supresión:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1116>
- [26] Puede verse ESPLUGUES BARONA, C., “Arbitraje de inversiones en materia de energía y jurisdicción nacional, entre la guerra y la paz”, Revista General de los Sectores Regulados N° 4, noviembre 2019.
- [27] Artículo 25 LCSP.
- [28] Artículo 26 LCSP.
- [29] Vid. ESPLUGUES BARONA, C., Arbitraje y Derecho administrativo..., cit.; ESPLUGUES BARONA, C., “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?” en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, N° 2, octubre 2019, págs. 85-99.
- [30] VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, en LÓPEZ RAMON, F. (Coord.), Las vías administrativas de recurso a debate, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, págs. 308-310.
- [31] VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, cit., págs. 312-315.
- [32] Puede verse MONTERO AROCA, J., ESPLUGUES MOTA, C., “artículo 2”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
- [33] Téngase en cuenta que la Ley de arbitraje de 1988 establecía exclusiones al ámbito material del arbitraje de Derecho privado, estableciendo en su artículo 2.1 lo siguiente: “1. No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.”
- [34] Vid. ESPLUGUES BARONA, C., “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?”, cit., págs. 85-99; ESPLUGUES BARONA, C., Arbitraje y Derecho administrativo..., cit., págs. 73-76; ESPLUGUES BARONA, C., “Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿utopía o realidad?” en Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, N° 24, 2018, págs. 304-325.
- [35] TARUFFO, M., “Aspectos de crisis de la Justicia civil: fragmentación y privatización”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 3, 1999, págs. 71-72.
- [36] Para un mayor análisis sobre las materias susceptibles de arbitraje administrativo puede verse ESPLUGUES BARONA, C., Arbitraje y Derecho

administrativo., cit., págs. 229-250.

[37] En este sentido, entre otros, TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, en Revista de Administración Pública, núm. 143, mayo-agosto 1997, pág. 75 y ss., TORNOS MAS, J., “Título III: De las actuaciones relativas a la contratación. Capítulos I, II y III: Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración” en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2004, 2ª ed., pág. 314.

[38] En relación con la mediación administrativa, puede verse ESPLUGUES BARONA, C., “Mediación y arbitraje en Derecho administrativo español”, en Revista Boliviana de Derecho, N° 27, 2019, págs. 248-271.

[39] Puede verse ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia, Cizur Menor, Civitas-THOMSON Reuters, 2016, pág. 343.

[40] <http://www.adrmaremma.it/espanol/normas04.pdf>

[41] FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P., AROZAMENA LASO, A., El arbitraje..., cit., pág. 133.

[42] Vid. ESPLUGUES BARONA, C., “Algunas reflexiones sobre el modelo francés y norteamericano de arbitraje como cauce de resolución de conflictos administrativo” en Revista General de Derecho Administrativo, N° 50, enero 2019.

[43] Por todos, AUBY, J.M., L’arbitrage en matière administrative, Paris, A.J.D.A, 1955, pág. 82.

[44] Traducción propia

[45] Vid. DÍAZ BRAVO, E., “Desarrollo histórico del principio de separación de poderes”, en Revista de Derecho, núm. 38, Colombia, julio-diciembre 2012, págs. 240-270.

[46] Entre otras, decisiones Cour d’Appel de Paris, 10 de abril de 1957, Myrtoon Steam Ship c. Agent Judiciaire du Trésor; Cour de Cassation, 2 de mayo de 1966, Agent Judiciaire du Trésor c. Galakis.

[47] Entre otros, DEVOLVÉ, P., comunicación presentada en la Asociación Francesa del Arbitraje el 17 de septiembre de 1990, citado en PATRIKIOS, A., L’Arbitrage en matière administrative, Paris, LGDJ, 1998, pág. 55.

[48] CONSEIL D’ÉTAT, Règler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Etude adoptée par l’Assemblée Générale du Conseil d’État le 4 février 1993, Paris, La Documentation Française, 1993.

[49] La promulgación de la Ley N° 2001-420 de 15 de mayo de 2001 (Ley NRE) decide hacer de la excepción un principio, estableciendo en su artículo 126 que “Sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones legislativas concretas, la cláusula compromisoria es válida en los contratos concluidos en el marco de una actividad profesional”[49] “De esta manera, sería aceptable el recurso al arbitraje en un contrato administrativo en el que la Administración actuara en el ejercicio de su “actividad profesional”, quedando excluidos los contratos entre particulares o los contratos de consumo.

[50] Artículo 9 de la Ley N° 86-972 de 19 de agosto de 1986.

[51] Informe del grupo de trabajo sobre arbitraje dirigido por Daniel LABETOULLE, 13 de marzo de 2007. Texto íntegro incluido como Anexo 1 en KAMGA J., L’arbitrage en matière administrative. Aspects du droit positif français, Leipzig, Éditions Universitaires Européennes, 2015, págs. 97-115.

[52] BARONA VILAR, S., “Fomento de las ADRs en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social), en Revista Sequència, núm. 51, 2005, págs. 176-177. Esta autora realiza un estudio sobre la evolución de las ADR en Estados Unidos y configura las

tres fases en las que se puede ir conformando y desarrollando el movimiento de las ADR en cuanto tal.

[53] SORIANO HINOJOSA, A, “La inmunidad...”, cit, pág. 112.

[54] Foreign sovereingties Immunities Act de 1976. Vid, BOND, S., “Deconstruction of National Sovereignty - Taking down the barriers between nations”, Princeton Law Journal, 1997.

[55] The Administrative Dispute Resolution Act of 1996, Pub. Law 104-320 (amending Pub. Law 101-552 and Pub. Law 102-354), H.R. 4194. Con carácter general y, entre otros muchos, WARD, M., “Public Fuss in a Private Forum”, Harvard Negotiation Law Review, 1997, Vol. 2, págs. 217 y ss.; EVANS, R.J., “The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving Federal Agency Use of Alternative Dispute Resolution Processes”, Administrative Law Review, 1996, vol. 50, págs. 217 y ss.

[56] BINGHAM, L.B., WISE, C.R., “The Administrative Dispute Resolution Act of 1990: How Do We Evaluate Its Success?”, en Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART, Vol. 6, N° 3, 1996, págs. 383-414.

[57] Vid. ESPLUGUES BARONA, C., “Algunas reflexiones sobre el modelo francés y norteamericano de arbitraje como cauce de resolución de conflictos administrativo” cit.

[58] CASTILLO FREYRE, M., SABROSO MINAYA, R., “El arbitraje del Estado peruano”, en Ius et Veritas, n° 43, 2011, pág. 140.

[59] Vid. ESPLUGUES MOTA, C. (Ed)., Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica, cit.

[60] KUNDMÜLLER CAMINITI, F., “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, en Themis. Revista de Derecho, núm. 39, 1999, pág. 217.

[61] TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, cit., pág. 79.

[62] CASTILLO FREYRE, M., SABROSO MINAYA, R., “Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública”, en Revista Boliviana de Derecho, N° 11, enero 2011, pág. 212. En este sentido también CUEVAS MORALES, C., “El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, en Cathedra. Espíritu del Derecho, N° 8, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001, pág. 203.

[63] GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, G., “Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado”, en Ius et Praxis, núm. 32, 2001, pág.144.