

## EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

---

Alberto Dorrego de Carlos

Letrado de las Cortes Generales  
Presidente del Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública

### **RESUMEN**

*Si bien el uso de medios alternativos a la vía jurisdiccional se extiende y generaliza en la sociedad mediante instituciones arbitrales privadas, ello no ha tenido su correlato en el sector público, y la normativa reguladora, incluso la europea, no ha ayudado a ello. Sin embargo, su viabilidad constitucional empieza a ser reconocida de forma generalizada, con todas las particularidades que en este caso supone, y a cuyo de talle se dedica este trabajo.*

**Palabras clave:** Arbitraje internacional, Derecho Administrativo, contratos públicos, solución extrajudicial.

### **ABSTRACT**

*While the use of alternative dispute resolutions extends and generalizes in society through private arbitration institutions, the same does not apply to the public sector, and regulations, including European regulation, have not helped. However, ADR's constitutional viability is becoming widely recognized, and this paper is dedicated to detail its peculiarities in this instance.*

**Key words:** International arbitration, administrative law, public contracts, out-of-court settlement.

Alberto Dorrego de Carlos

## SUMARIO

---

1. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.
2. LA PROGRESIVA ADMISIÓN DEL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.
3. EL ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.
  - 3.1. Ámbito subjetivo de aplicación.
  - 3.2. Ámbito objetivo de aplicación.
  - 3.3. Aspectos procedimentales del arbitraje en la contratación pública.
  - 3.4. Exclusión de los servicios de mediación y arbitraje de la LCSP.
4. INSTITUCIONES ARBITRALES ESPECIALIZADAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (TACOP).

## 1. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos constituye una práctica cada día más asentada en nuestra sociedad. Empresas de todos los sectores de actividad y tamaño, los profesionales y los ciudadanos en general encuentran cada vez con mayor frecuencia en las instituciones arbitrales privadas la fórmula más idónea para resolver sus controversias jurídicas con plenas garantías de independencia y calidad técnica, previsibilidad en el plazo y certeza sobre los costes.

Sin embargo, la imparable expansión del arbitraje en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas no ha tenido, por el momento, su debido contrapunto en el campo del sector público, que ha venido siendo refractario tradicionalmente hacia las técnicas *no jurisdiccionales* de dirimir las controversias en sus relaciones con los sujetos privados, incluso cuando éstas tienen un contenido eminentemente económico-patrimonial. El arbitraje *comercial* y el Derecho administrativo han sido tradicionalmente vistos como ocupantes de las antípodas uno respecto del otro; algo así, en expresión de A. BULLARD, como unos «... *íntimos enemigos*...».

Los recelos hacia el arbitraje en el ámbito jurídico-público han estado basados históricamente (y, en cierto modo, lo siguen aún estando) en los viejos principios dogmáticos del *régime administratif* surgido tras la revolución francesa en el Derecho continental europeo. La sujeción de toda la actuación administrativa al principio de legalidad (art. 103.1 CE), la indisponibilidad sobre las potestades públicas, el principio del interés público como criterio delimitador de toda intervención administrativa, la prerrogativa que ostenta la Administración pública para la ejecución de sus propios actos (el llamado principio de *autotutela administrativa*), así como las facultades exorbitantes de la Administración en todas las relaciones de naturaleza contractual (la capacidad de modificación unilateral de los contratos —*ius variandi*— o el principio *factum principis*) han sido argumentos tradicionales para excluir doctrinal y legalmente, salvo supuestos muy excepcionales relacionados con la contratación en el exterior, la posibilidad de someter a arbitraje las controversias suscitadas con los operadores privados en la ejecución o extinción de los contratos públicos. Se une además a ello la singularidad de las técnicas de control jurisdiccional de la actuación administrativa en los sistemas jurídicos continentales derivadas de dichos principios jurídicos (en particular del principio de autotutela), configura-

Alberto Dorrego de Carlos

das históricamente sobre la base de una jurisdicción retenida con capacidad de controlar solo *ex post* las desviaciones en dicha actuación, esto es, como un *proceso al acto* administrativo, de naturaleza eminentemente revisora, lo cual resulta enormemente difícil de compatibilizar con los principios rectores de la jurisdicción ordinaria y, por extensión, del arbitraje privado.

No es extraño así que todas las regulaciones legales históricas en materia de contratos públicos, y, en general, de las relaciones administrativas de carácter económico-patrimonial con los operadores privados hayan sido contrarias a la admisión del arbitraje (privado) como fórmula de solución de controversias entre las partes. El *Real Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852*, por el que se establece la primera normativa española sobre los contratos relativos a los servicios públicos, prohibió expresamente el sometimiento a arbitraje de cualquier conflicto jurídico derivado de la ejecución de los contratos cuando una de las partes fuere la Administración pública, «... *resolviéndose las incidencias que respecto de estos surjan ante la jurisdicción contencioso-administrativa...*».

Con un criterio igualmente restrictivo, si bien mejor acabado técnicamente, reguló esta cuestión la célebre *Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911*, cuyo artículo 6.º permitía resolver mediante arbitraje («... *someter a juicio de árbitros...*») las «... *contiendas...*» relativas a cualesquiera derechos de la hacienda pública, cuando haya una ley expresa que así lo autorice. El Reglamento General de Contratación del Estado de 1975, admitió las «... *transacciones y arbitrajes...*» sobre los Contratos del Estado «... *con los requisitos establecidos en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911...*». Esto es, cuando una ley expresamente lo autorizase.

El artículo 39 de la *Ley General Presupuestaria* (RDL 1091/1988) suavizó ligeramente el requisito anterior posibilitando el sometimiento a arbitraje de las controversias relativas a derechos de la hacienda pública, cuando éste sea decidido expresamente por el Consejo de Ministros, previa audiencia al Consejo de Estado. Precepto éste que pasa prácticamente con idéntica redacción a la vigente *Ley 47/2003, General Presupuestaria*, cuyo artículo 7.3, dispone literalmente lo siguiente:

*«... Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 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...».*

Por su parte, el artículo 31 de la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, se refiere a la arbitrabilidad de los conflictos jurídicos derivados de los derechos y obligaciones sobre los bienes públicos en los siguientes términos:

*«... 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 *Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, primera norma legal integral en materia de contratos públicos aprobada después del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, en la que —precisamente— se transponen las Directivas europeas de aproximación de europeas orientadas a la eliminación de restricciones protectoras nacionales y a la construcción de un mercado interior efectivo de contratos del sector público, no avanzó tampoco excesivamente en este punto. El artículo 61.2 se remitía, a efectos de transacción y arbitraje sobre los contratos públicos, a la Ley General Presupuestaria (es decir, a un Real Decreto *ad hoc*), lo cual, en la práctica, 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.

Sin embargo, respecto a la contratación en el extranjero la Ley 13/1995 establecía una norma muy diferente en el artículo 117.3:

*«... 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...».*

El *RD Legislativo 2/000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, mantuvo este mismo régimen dual (el aplicable a los contratos públicos, en general, y el concerniente a los contratos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras).

Tal situación legal se mantiene hasta la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, nueva codificación de la legislación sobre contratos públicos mediante la cual se transpone al ordenamiento interno 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*

Alberto Dorrego de Carlos

*públicos de obras, de suministro y de servicios*, disposición que refunde las anteriores Directivas sobre los contratos de obras, servicios y suministros.

La Ley 30/2007 da un giro sustancial a favor de la admisión del arbitraje en el ámbito de la contratación pública, admitiendo con carácter general en su artículo 39 la arbitrabilidad de las controversias suscitadas en la ejecución y extinción de los contratos adjudicados por personas jurídico-públicas que — técnicamente— no tengan la condición de Administraciones públicas<sup>1</sup>. Por efecto de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, este artículo 39 pasó, con idéntica redacción, al artículo 320 de la LCSP.

Esta misma solución legislativa es la que se mantiene en el vigente *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* (LCSP), cuyo artículo 50 establece 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».*

## 2. LA PROGRESIVA ADMISIÓN DEL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Desde un punto de vista doctrinal, nadie pone hoy seriamente en cuestión en la literatura iuspublicista europea y española la viabilidad constitucional del arbitraje como técnica de solución de conflictos en las relaciones de naturaleza contractual de la Administración con los operadores privados. Tampoco resulta discutible el efecto inmensamente beneficioso que puede llegar a tener para la eficiencia y estabilidad de nuestro sistema económico la generalización de esta fórmula en la práctica del sector público mediante la incorporación de

---

<sup>1</sup> El texto original de esta disposición establecía 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».*

cláusulas arbitrales en los instrumentos contractuales. Particularmente en un contexto económico recesivo como en el que estamos, caracterizado por venir acompañado de un profundo desequilibrio fiscal, donde el sector público se verá (de hecho, se está viendo ya) inexorablemente abocado a acudir a fórmulas de financiación privada, muy frecuentemente a través de inversores institucionales internacionales, de sus más importantes proyectos de desarrollo de nuevas infraestructuras y servicios a través de diversas técnicas concesionales y de colaboración público-privada.

Al igual que en España, en los sistemas jurídico-administrativos del continente europeo, la incorporación progresiva del arbitraje y, en general, de las técnicas no-jurisdiccionales de solución de conflictos en el ámbito de la contratación pública y la superación de las viejas limitaciones dogmáticas en este terreno, se ha producido en los últimos años de la mano de la práctica internacional.

*En primer lugar*, mediante la generalización de los mecanismos arbitrales para la solución de controversias en materia de protección de inversiones.

La decisión de invertir en un país suele estar basada en múltiples factores, siendo uno de los más importantes la percepción general de riesgos jurídicos en el país receptor de la inversión. Desde la perspectiva del inversor extranjero que considera la posibilidad de emprender un negocio fuera de sus fronteras, la seguridad jurídica se entiende referida a una serie de conceptos básicos: (i) La existencia de un igual trato o, al menos, de trato equitativo respecto de las empresas nacionales; (ii) La existencia de reglas claras y simples sobre el establecimiento de las empresas (y, en particular, a su proceso de *start-up*: contratación de suministros, construcción de edificios, alquileres, licencias administrativas, urbanísticas, comerciales, etc.); (iii) Garantías jurídicas sobre el movimiento de personas físicas; (iv) Garantías jurídicas sobre la propiedad privada, lo que implica la existencia de un sistema aceptable de registros inmobiliarios, garantías en las transacciones, así como garantías frente a expropiaciones o nacionalizaciones; (v) Garantías sobre la obligatoriedad y cumplimiento de los contratos; (vi) Estabilidad regulatoria. Especialmente relevante en los sectores monopolizados y en aquellos en los que existe una fuerte intervención del Estado (por ejemplo, en el ámbito de la explotación de recursos naturales, pesquerías, infraestructuras, energía, telecomunicaciones, transportes y servicios públicos en general); (vii) Estabilidad en la legislación fiscal; (viii) Existencia de garantías sobre trato equitativo, transparencia, publicidad y concurrencia en las licitaciones públicas; (ix) Garantía en la transferencia de rentas y en la repatriación de beneficios, así como en la clausura de las inversiones e insolvencia; Y, sobre todo, a los efectos que aquí nos ocupan, (x) la existencia de un sistema justo, imparcial y razonablemente rápido de solución

Alberto Dorrego de Carlos

de controversias jurídicas, tanto en las relaciones privadas como en las relaciones entre el empresario privado y el Estado o las Agencias públicas.

Precisamente para garantizar estos estándares mínimos de seguridad jurídica en las inversiones extranjeras comenzaron a extenderse en la práctica internacional, especialmente a partir de la década de los años ochenta del siglo XX, los Tratados Bilaterales y Multilaterales en materia de Protección de Inversiones (denominados *TBI* o *APPRI*'s).

Estos Tratados, muy extendidos desde aquellos años, forman actualmente una tupida red convencional, que cuenta hoy más de cinco mil tratados contabilizados en el mundo, con mucha similitud entre todos ellos, cuyo objeto es obligar a los *Estados receptores* de inversión extranjera respecto a las *empresas inversoras* en cuatro grandes capítulos:

- a) El derecho a recibir un trato equivalente a los inversores nacionales, nunca inferior al garantizado por el Derecho Internacional.
- b) La protección frente a las nacionalizaciones, expropiaciones y medidas de efecto equivalente.
- c) La Garantía de la libre transferencia de rentas y beneficios empresariales, y
- d) El derecho a la compensación por daños o pérdidas derivadas de guerras, insurrecciones, asonadas o eventualidades similares.

Los APPRI's concluidos por España responden sustancialmente a este esquema, con muy ligeras variaciones.

Además de los contenidos ya indicados, todos estos Tratados internacionales incorporan dos reglas adicionales de la máxima importancia a los efectos que aquí nos ocupan:

- a) Por una parte, incluyen siempre a la tradicional cláusula de la *Nación más favorecida*, que determina que siempre sean aplicables al inversor los estándares de protección más elevados establecidos por cualquier otro tratado concertado por el Estado receptor.
- b) Por otra parte, establecen un derecho a favor del empresario privado de someter a arbitraje internacional las diferencias surgidas con el Estado receptor de la inversión.

Expresado en otros términos, los *APPRI*'s permiten que el inversor privado pueda evitar la jurisdicción de los Tribunales nacionales de Justicia en caso de conflicto con un Estado u organismos públicos y optar, directamente y en virtud del propio APPRI, por el sometimiento del asunto a un arbitraje internacio-



nal. Este arbitraje internacional se sustanciará, con preferencia a la legislación interna del Estado huésped, por las normas del propio APPRI y por el Derecho Internacional general, lo que garantiza la inmunidad del inversor privado frente a cambios legislativos.

En defecto de acuerdo sobre un arbitraje *ad hoc*, el inversor privado tiene derecho, conforme a estos Tratados de Protección de Inversiones, a que la controversia se someta a la decisión arbitral del *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), organismo creado por el Convenio de Washington de 1965, en el que se sigue un procedimiento netamente privado basado en estándares arbitrales internacionales con plenas garantías para el inversor privado. La ejecución del laudo arbitral no precisa *exequatur* y goza de plena fuerza ejecutiva, pudiendo acudir a tal efecto el inversor al Estado huésped o a cualquier otro Estado experto. Asimismo, los APPRI's suelen prever, como garantía adicional, que las inversiones realizadas indirectamente a través de sociedades locales gocen también de la misma protección.

*En segundo término*, la expansión del arbitraje en el ámbito de la contratación pública ha tenido también su origen en la progresiva exigencia por parte de los inversores internacionales de internacionalización de los denominados *Contratos de Estado*. Esto es, de todos aquellos contratos en los que la contra-parte del empresario privado es un Estado o una entidad pública. Son los que conocemos en España como *Contratos Públicos*, cuya singularidad jurídica fundamental se encuentra tanto en su procedimiento público y concurrencial de adjudicación como en el mantenimiento de unas fuertes prerrogativas del Poder Públicos adjudicador durante su proceso de ejecución: Esto es, la capacidad de introducir variaciones en su contenido, el privilegio de interpretación unilateral del contrato, el derecho de resolución, etc.

En relación con los *Contratos de Estado*, la técnica de garantía de la seguridad jurídica promovida históricamente por los empresarios privados ha sido su *internacionalización*. Por una parte designando como *Lex Mercatoria* la regulación de un tercer Estado, las normas en materia de contratación pública de organizaciones internacionales como la Unión Europea o el Derecho Internacional general. Por otra, sometiendo contractualmente las controversias relativas a estos Contratos de Estado a arbitraje internacional.

Este tipo de fórmulas ha sido (y es) utilizada con mucha frecuencia por los Estados de forma estandarizada en los contratos financieros. Pero también en los contratos de desarrollo de infraestructuras, en los contratos relativos al aprovechamiento de recursos naturales o los contratos de naturaleza conce-

Alberto Dorrego de Carlos

sional (y, en general, en todos aquellos contratos en los que se articulan estructuras de larga duración de colaboración público-privada o PPP).

De este modo, sobre todo a partir de los años 80 y 90 del siglo pasado, se ha ido produciendo en los sistemas jurídicos de nuestro entorno una progresiva incorporación del arbitraje privado como fórmula de solución de controversias en las legislaciones nacionales sobre contratación pública, concesiones y PPP, singularmente cuando se trata de proyectos de muy largo plazo, intensivos en la aportación de capital, en los que existe la necesidad de allegar recursos financieros de inversores internacionales. Resultan especialmente destacables los ejemplos en el área iberoamericana, en países como Perú, México, Colombia, Brasil o Chile, donde, a pesar de tener una indeleble influencia española y francesa en su Derecho público, el sometimiento a arbitraje de las controversias sobre concesiones públicas y operaciones de Colaboración Público-Privada constituye la regla general.

Este es el trasfondo que subyace bajo el artículo 117.3 de la Ley 13/1995, antes citado, cuando reconoció un régimen especial para el sometimiento a arbitraje de los contratos públicos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras, y que, finalmente, ha concluido con un criterio mucho más amplio, en la vigente Ley de Contratos del Sector Público.

### 3. EL ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Como ya hemos indicado la regulación legal vigente del arbitraje en el ámbito de la contratación pública se encuentra contenida en el artículo 50 de 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 (LCSP).

Como es sabido, esta Ley constituye un *código general* de la contratación pública (uno de los más extensos de nuestro ordenamiento jurídico, con sus 334 artículos) que, afortunadamente, mantiene la naturaleza de legislación básica del Estado, dictada al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, respecto a la práctica totalidad de su articulado. Así lo establece el apartado 3 de la Disposición Final Segunda de la LCSP. Ello significa que, salvo las limitadas excepciones señaladas en esta Disposición Final, todo su articulado se aplica con este carácter al conjunto del sector público español en su triple nivel territorial: estatal, autonómico y local, prevaleciendo sobre cualquier legislación «... *de desarrollo...*» que pudiera ser dictada por dichas Administraciones territoriales.

En el caso concreto del artículo 50 (arbitraje), el título competencial para su regulación es aún más claro, ya que, como indica la propia Disposición Final Segunda de la LCSP, se dicta al amparo del artículo 149.1.6.<sup>a</sup>, que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de *legislación procesal*. Se trata, por consiguiente, de una norma de aplicación directa y exclusiva al conjunto del sector público en sus tres niveles organizativo-territoriales.

### 3.1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

El artículo 50 de la LCSP declara la arbitrabilidad de los conflictos surgidos sobre los «... *efectos, cumplimiento y extinción...*» de los contratos que adjudiquen las personas jurídico-públicas que no tengan la condición de «... *Administraciones públicas...*».

Para la delimitación técnica del concepto de «... *Administraciones públicas...*» a efectos de la legislación sobre contratos públicos es preciso acudir al artículo 3 de la propia LCSP, en la que prolijamente se detalla el ámbito subjetivo de la aplicación de esta Ley, distinguiendo (a efectos exclusivos de la LCSP) tres esferas o niveles diferenciados: (i) las Administraciones públicas, (ii) los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administraciones públicas y (iii) otras personas jurídico-públicas (entes, organismos, entidades, sociedades) que no tienen la condición de poderes adjudicadores. Todas las personas jurídico-públicas de los tres niveles señalados conforman, conjuntamente, el sector público. Si bien, la legislación sobre contratos públicos les resulta de aplicación con *distinta intensidad* según se encuentren adscritas a una u otra esfera o nivel.

A efectos de la aplicación del artículo 50 de la LCSP lo determinante es la delimitación de aquellas personas jurídico-públicas que ostentan la condición de Administraciones públicas. Esto es, aquellas que forman parte del *primer nivel* de aplicación de la LCSP. Solo en estos casos está excluida la posibilidad de remitir a arbitraje la solución de las controversias relativas a los contratos que adjudiquen.

Pues bien, el artículo 3.2 de la LCSP delimita, dentro del sector público, el concepto técnico-jurídico de «... *Administraciones públicas...*» del siguiente modo:

«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.*

Alberto Dorrego de Carlos

(Es decir; la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local 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:*
  - *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*
  - *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.*
- f) *Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.*
- g) *Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación».*

Por consiguiente, con arreglo a lo establecido en este artículo no son «... *Administraciones públicas...*» a efectos de la LCSP las Entidades Públicas Empresariales y las sociedades públicas. Es decir, lo que en el sentido más am-

plio de la expresión se entiende por sector público empresarial. Ello incluye, en el ámbito estatal, grandes entidades como AENA, ADIF, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias de toda España, etc., y todas las sociedades del Estado, tanto las participadas por la SEPI como las dependientes de la DG de Patrimonio del Estado (RENFE, Navantia, Agencia EFE, las sociedades de Aguas, Mercasa, TRAGSA, etc.), por citar algunos ejemplos significativos.

Un ejemplo de la forma en la que esta previsión legal (art. 50 LCSP) ha sido trasladada a las normas internas de contratación de estas entidades y empresas públicas se encuentra en la *Orden FOM 4003/2008 por la que se aprueban las Normas y Reglas Generales de los procedimientos de Contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias*. La regla 45.4 de estas Normas establece literalmente lo siguiente:

*«4. 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».*

### 3.2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

El ámbito objetivo de las controversias arbitrables con arreglo al artículo 50 de la LCSP también se encuentra limitado en dicho precepto. Señala este artículo que podrán someterse a arbitraje privado *«... la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren...»*.

Queda por consiguiente completamente excluido de la posibilidad de arbitraje, con toda lógica, el procedimiento administrativo previo a la adjudicación del contrato. Es decir, todas las actuaciones preparatorias y el procedimiento de licitación.

Respecto a las actuaciones previas a la adjudicación del contrato, en las que se hallan en juego los principios de transparencia, concurrencia, e igualdad de oportunidades de los licitadores en el acceso a la contratación pública, la LCSP mantiene el esquema tradicional de los *«... actos separables...»*, manteniendo su carácter eminentemente jurídico-público y reteniendo la competencia a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo cual, obviamente excluye cualquier posible sumisión a arbitraje.

Este esquema de *«... actos separables...»* se plasma en el artículo 20 de la LCSP, que establece lo siguiente:

*«1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas (...).*

Alberto Dorrego de Carlos

*2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose 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. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado (...).*

De este modo, es claro que los contratos adjudicados por personas jurídico-públicas que no tengan la condición de Administraciones públicas (es decir, los que resultan arbitrables) son siempre «... *contratos privados...*» del sector público. Y la característica principal de estos contratos es que se rigen por el Derecho privado en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción, que es, precisamente, el ámbito arbitrable de los mismos (art. 50 LCSP). Lo que significa que, en caso de arbitraje (privado) los árbitros, desde el punto de vista del derecho sustantivo a aplicar a la controversia, estarán siempre sometidos al Derecho privado.

No obstante lo anterior, para quienes tenemos cierta experiencia profesional en esta materia, la anterior afirmación no deja de resultarnos mucho más teórica que real. Es evidente que los contratos adjudicados por entes, organismos o entidades del sector público, aunque no reúnan técnicamente la condición de Administraciones públicas, no dejan de estar profundamente influidos por el Derecho público también en lo relativo a su ejecución y extinción. El propio artículo 20 lo reconoce abiertamente cuando afirma que se aplicarán a los contratos privados (del sector público) las normas de la LCSP sobre «... *modificación...*» de los contratos (uno de los aspectos más sensibles, singulares y netamente jurídico-públicos de la regulación general de los contratos públicos). Pero lo mismo cabría señalar (al margen de proclamaciones teóricas) respecto de otras muchas normas de la legislación general de contratos públicos, como las relativas a las causas de extinción de los contratos, los efectos del incumplimiento, la reparación de la responsabilidad contractual, el reequilibrio económico-financiero, etc., respecto a las que resulta difícilmente evitable la aplicación preferente de las normas jurídico-públicas.

### 3.3. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El artículo 50 de la LCSP carece de una regulación propia, siquiera mínima (como quizá fuera deseable) sobre los aspectos procedimentales del arbitraje en los contratos públicos. Por el contrario, se remite globalmente a la *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA)*, lo cual no deja de plantear ciertas dificultades prácticas.

En particular, la regulación del «... *convenio arbitral*...» contenida en el artículo 9 de la LA no se adecua exactamente al procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, por lo que resulta necesario hacer una interpretación extensiva de los conceptos que figuran en dicho precepto, y muy especialmente de la figura de los *contratos de adhesión*.

En los contratos del sector público, aunque sean «... *contratos privados*...» ex art. 20 LCSP, la *lex contractu* se encuentra contenida sustancialmente en los documentos que rigen la licitación: los pliegos de cláusulas administrativas y los pliegos de prescripciones técnicas. El contenido de estos documentos, junto con la oferta del licitador, conforman el haz de derechos y obligaciones contractuales de las partes, es decir: el contrato. El documento de «... *formalización del contrato*...» posterior a la adjudicación tiene un carácter meramente formal y con muy escaso valor jurídico en el Derecho administrativo español, por lo que es obvio que el convenio arbitral normalmente deberá venir contemplado en el pliego de cláusulas administrativas de la licitación. Ello es lo que garantiza que la sumisión a arbitraje tenga la debida transparencia para todos los licitadores, quienes lo aceptan, al igual que las restantes cláusulas del Pliego, por el hecho de formular la oferta correspondiente.

En todo caso, nada obsta para que las partes puedan acordar el sometimiento de una controversia ya surgida a un arbitraje *ad hoc*. Por lo que respecta a la parte pública del contrato esta sumisión deberá realizarse por el órgano de contratación con sujeción a las normas de competencia que le sean aplicables.

El nombramiento de los árbitros se realizará de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y siguientes de la LA, sin que exista ninguna especialidad ni obstáculo alguno para que los pliegos de cláusulas administrativas puedan, con arreglo al 14.1 LA, «... *encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:*

- a) *Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.*
- b) *Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales».*

Alberto Dorrego de Carlos

### 3.4. EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA LCSP

La actividad arbitral, tanto si nos encontramos ante un supuesto de arbitraje institucional como en caso contrario, constituye, es sí misma, un servicio. Un servicio prestado por el árbitro y, en su caso, por la Institución arbitral, al ente, a favor del organismo o entidad adjudicataria del contrato sobre el que ha surgido la controversia, a cambio de la consiguiente remuneración económica.

De ello surge inmediatamente la cuestión del procedimiento legalmente exigido para concertar dicha relación de prestación de servicios (esto es, dicho contrato) con el árbitro prestador de estos o con la institución arbitral seleccionada por el órgano de contratación a estos efectos. Surge, en definitiva, la cuestión de la aplicabilidad de las reglas generales de la legislación general de contratos, y, en particular, de los contratos de servicios, a esta relación jurídica.

Sin embargo, sobre la base de lo establecido expresamente en la Directiva de la Unión Europea, el artículo 4.1 de la LCSP (relativo a los negocios y contratos excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley) señala en su apartado k) que están excluidos:

*«Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación».*

Significa ello que estos servicios, al igual que sucede con los contratos de servicios financieros u otros señalados en este precepto, por la singularidad que tienen y las exigencias derivadas del tráfico jurídico, están expresamente excluidos del régimen general de contratación pública, por lo que el órgano de contratación podrá actuar con libertad en la selección del árbitro o de la institución arbitral que estime más conveniente para los intereses generales. Ello constituye un factor esencial para simplificar y facilitar el recurso a la solución arbitral de controversias.

## 4. INSTITUCIONES ARBITRALES ESPECIALIZADAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (TACOP)

Precisamente con objeto de impulsar y canalizar esta nueva alternativa legal nacida en 2007 ha surgido recientemente una iniciativa privada para la creación de una Corte de Arbitraje, de ámbito nacional, estrictamente especializada en el ámbito de los contratos públicos. Se trata del *Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (TACOP)*, creado por un grupo de profesionales vincu-



lados desde hace muchos años con el mundo del Derecho Administrativo, que opera en el seno de una Institución arbitral privada prestigiosa, como es la *Asociación Europea de Arbitraje*, en forma de Comité especializado. El Tribunal cuenta con una *lista de árbitros* (una lista abierta) con un número inicial de cincuenta miembros, todos ellos juristas de reconocido prestigio y acreditada experiencia profesional en el ámbito del Derecho Administrativo y el Derecho de los contratos públicos.

La lista de árbitros, entre cuyos miembros recaerán obligadamente las designaciones que realice el Comité de Dirección para actuar en los procedimientos arbitrales, está integrada por socios del área de Derecho público de las más importantes firmas legales de España, juristas con dilatada experiencia al servicio del Estado (Letrados de las Cortes Generales, Letrados del Consejo de Estado y Abogados del Estado) y prestigiosos Catedráticos de Derecho Administrativo de diversas Universidades de España, todos ellos grandes especialistas en la materia.

Esta primera institución arbitral en materia de contratos públicos, a la que es de esperar que en el futuro se sumen otras con el mismo objeto, lleva a cabo una importante labor de difusión de las ventajas del arbitraje en el ámbito de las relaciones contractuales del sector público, señalando su similitud con las que existen y resultan apreciadas en el terreno de las relaciones empresariales privadas.

La previsibilidad en los plazos para la solución de la controversia, radicalmente más reducidos que los jurisdiccionales, el carácter definitivo del arbitraje frente a las sucesivas instancias jurisdiccionales, el control de los costes asociados a la resolución de la controversia, la garantía de la especialidad técnica de los árbitros en la materia controvertida, la mayor simplicidad procedimental en todos los trámites, y, también, la mayor confidencialidad durante la tramitación del proceso, constituyen ventajas innegables del arbitraje frente a la Jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa. Tales ventajas, frente a lo que en ocasiones se afirma, operan si cabe aún con mayor intensidad en el caso de la contratación pública, donde la afeción de los intereses generales o el funcionamiento de los servicios públicos no puede verse comprometida de forma muy dilatada en el tiempo sin grave riesgo de quiebra en ellos. Por este motivo, buena parte de las legislaciones europeas, y, de forma especialmente decidida, las regulaciones de los países iberoamericanos, están generalizando las fórmulas de solución preventiva (*dispute boards*), mediación y arbitraje en los grandes contratos públicos relativos al desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, particularmente en aquellos casos en los que existe una relación jurídica de muy largo plazo (concesiones de obra o de servicios públicos, contratos de colaboración público-privada, por ejemplo) y financiación

Alberto Dorrego de Carlos

privada, muchas veces procedente de grandes inversores extranjeros institucionales. Una *cultura* administrativa, desafortunadamente aún poco extendida en España, que el TACOP trata de contribuir a transformar.