

¿Cabe el arbitraje en los contratos administrativos? Comentario sobre el Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Paula Bardavío Domínguez

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE DEL RECURSO. II. LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 1. FALTA DE PREVISIÓN ESPECÍFICA DE LA FIGURA ARBITRAL EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS PÚBLICOS: CONSECUENCIAS JURÍDICAS. 2. RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL RECURSO AL ARBITRAJE EN LA LEY ARAGONESA DE MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE ARAGÓN Y SU INTERPRETACIÓN. A. Ámbito subjetivo de aplicación del precepto que permite recurrir al arbitraje. B. Alcance e interpretación sistemática del precepto analizado. III. DOCTRINA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA SOBRE LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: LAS CUESTIONES DE ORDEN CONSTITUCIONAL QUE SUSCITA. 1. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE INDISPONIBILIDAD DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS. 2. LA EXIGENCIA DE UN CONTROL FINAL JUDICIAL. IV. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE DEL RECURSO

El Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón¹, resuelve el recurso especial interpuesto frente a un contrato de servicios promovido por una entidad local –municipal–.

En el citado recurso se plantean tres motivos o causas de antijuridicidad, si bien dos de ellos son relativos a características o vicisitudes relacionadas con el propio expediente de contratación, cuya resolución requiere la aplicación al caso concreto de un régimen legal que ha dado lugar a una extensa y uniforme doctrina, tanto de la jurisdicción ordinaria como de los órganos de resolución de recursos contractuales

Sin embargo, el otro motivo del recurso plantea una cuestión netamente jurídica y de mayor interés, pues se cuestiona la falta de conformidad a Derecho de una cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el procedimiento de licitación de un contrato como el que es objeto del recurso –contrato de servicios a celebrar por una Administración Pública, esto es, un contrato administrativo ex artículo 25.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP)– en tanto que la misma configura un sistema arbitral para resolver las discrepancias entre las partes del contrato. Concretamente la cláusula impugnada dispone lo siguiente:

«21.3.- Sometimiento a arbitraje.

Las partes del procedimiento de licitación, tras la adjudicación aceptan el sometimiento a arbitraje de las discrepancias.

Se designa como árbitros a uno o a varios de los miembros de la Cátedra de Contratación Pública Local de la Universidad de Zaragoza.

El plazo máximo de resolución del arbitraje será de 3 meses y la retribución se efectuará por partes iguales.

El árbitro, que podrá solicitar asesoramiento técnico de considerarlo oportuno, resolverá y dictará su preceptivo laudo en el plazo más breve posible atendiendo a lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de la Ley de Arbitraje. Él mismo fijará las costas (artículo 37.6 Ley Arbitraje).

.....

1 Publicado con fecha 15 de febrero de 2022 en la siguiente dirección web: <https://www.aragon.es/acuerdos-del-tribunal-administrativo-de-contratos-publicos-de-aragon>.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje se recuerda la potestad del Árbitro de adoptar las medidas cautelares que se consideren oportunas y necesarias en relación al objeto del litigio. El laudo podrá ser protocolizado notarialmente a instancia de cualquiera de las partes y a su costa».

Así, la frase “*las partes del procedimiento de licitación tras la adjudicación, aceptan el sometimiento a arbitraje de las discrepancias*”, pese a que adolece de cierta abstracción e inconcreción en cuanto a los términos en los que se define, parece interpretarse en el sentido de que las partes del contrato administrativo resolverán mediante arbitraje, las discrepancias que puedan surgir entre ellas sobre los efectos, cumplimiento y extinción del mismo. Asimismo, también tiene importancia, como luego se referirá, que la cláusula impugnada se remite a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en lo relativo al laudo arbitral y a la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante el procedimiento.

Esta previsión titulada en el citado Pliego como «*(s)ometimiento a arbitraje*» se regula en la misma cláusula en la que se prevé, en un párrafo anterior, que el orden jurisdiccional competente para resolver las controversias que se susciten entre las partes en relación a la preparación, adjudicación y los efectos y extinción del contrato, será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que permite ya vislumbrar la existencia de una contradicción en sus propios términos.

II.- LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I. FALTA DE PREVISIÓN ESPECÍFICA DE LA FIGURA ARBITRAL EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS PÚBLICOS: CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Parte del interés sobre la cuestión reside en que la nueva LCSP ha supuesto un cambio en relación a la figura del arbitraje ya que no prevé expresamente –como sí se hacía en la precedente ley– que las diferencias que durante la ejecución del contrato pudieran suscitarse entre las partes, sobre las cuestiones de la contratación pública sometidas a Derecho privado, puedan ser resueltas en un arbitraje, lo que plantea la duda acerca de cuál ha sido realmente la finalidad del legislador al hacer desaparecer esa previsión.

Así, en el artículo 50 del derogado Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se disponía 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».

Así, dado que la vigente LCSP no ha recogido previsión alguna similar a la antes contenida en el artículo 50 del TRLCSP, que reconozca expresamente la posibilidad de recurrir al arbitraje para resolver las discrepancias derivadas de los contratos públicos, cabe interpretar que la voluntad del legislador es que en nuestro ordenamiento solo quepa la sumisión a los Tribunales, y según los casos, a los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales, ex artículo 44 de la LCSP, para resolver las cuestiones conflictivas surgidas en la ejecución de estos contratos².

Sin embargo, en el seno del recurso resuelto por el acuerdo aquí comentado, se sostuvo, por parte del órgano de contratación, la posición contraria, entendiendo que la ausencia de tal previsión en la LCSP vigente no es óbice para que pueda establecerse el sistema arbitral en los contratos públicos, lo cual se fundamenta en varios argumentos que son analizados en la propia resolución.

En primer lugar, se alega en defensa de la figura arbitral que la LCSP sí que la prevé para la contratación en el extranjero, por mor de la Disposición Adicional Primera, según la cual «(e)n los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje».

Ahora bien, a este argumento se objeta en el acuerdo analizado que la nueva LCSP ha supuesto también un cambio en un sentido restrictivo, respecto al texto legal anterior, en relación a la figura del arbitraje para la contratación en el extranjero, pues lo que resulta de precepto recién transcrito es un favorecimiento o preferencia por el sometimiento a los Tribunales pues solo cuando no sea posible, se deberá acudir al arbitraje; mientras en el TRLCSP se establecía la obligación de sometimiento a la jurisdicción de los Tribunales españoles de cualquier orden, de todas las controversias surgidas en los contratos con empresas españolas y con empresas extranjeras cuando los mismos fueran a ejecutarse en España; pero, primaba la incorporación de cláusulas tendentes a recurrir a arbitraje en los contratos celebrados entre Administración y sociedades extranjeras, cuando fueran a ejecutarse

.....

- 2 El artículo 44.2 de la LCSP recoge como actuaciones susceptibles de recurso especial, que son –por lo que aquí interesa– las siguientes:
 - d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
 - f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

en el extranjero. Por tanto, lo que precisamente se deriva de la norma invocada para defender la posibilidad de acudir al arbitraje en la normativa actual, es que hay un cambio claro de tendencia y una voluntad contraria o restrictiva, al arbitraje en materia contractual³.

En segundo lugar, en defensa de la posibilidad de acudir al arbitraje se hace referencia al Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que en su artículo 123 establece para ese ámbito contractual, el arbitraje como un modo ordinario de resolución de conflictos.

Sin embargo, se opone a tal argumento el hecho que según el artículo 5 de dicha norma *«(q)uedan excluidos del ámbito de aplicación de este Real Decreto-ley los contratos que celebren las entidades que, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tengan la consideración de Administraciones Públicas, que se regirán por la mencionada ley, en todo caso»*, por lo que esta norma no vendría a avalar la utilización del arbitraje para los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, al venir expresamente excluidas de su ámbito de aplicación.

2. RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL RECURSO AL ARBITRAJE EN LA LEY ARAGONESA DE MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE ÁRAGON Y SU INTERPRETACIÓN

Más dilema jurídico plantea la previsión específica establecida en la legislación aragonesa, en tanto que en el artículo 22 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón –incorporado por medio del artículo 33.6 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón–, permite recurrir a un arbitraje a *«los distintos poderes adjudicadores»* –sin excluir a los que tengan el carácter de Administración Pública– sometidos a dicha ley, precepto que genera dudas sobre si otorga la posibilidad de someter a arbitraje la ejecución e interpretación de los contratos administrativos, propiamente dichos.

El artículo en cuestión señala lo siguiente: *«(l)os distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan*

.....
3 Y así lo señala parte de la doctrina, entre otros ESPLUGUES BARONA, C., Cuadernos de Derecho Transnacional volumen 2, 2019, págs.85-99.

surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos».

Así, en el seno del recurso especial se sostiene –por parte del órgano de contratación– que en base al precepto recién transcrito, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y en todo el sector público aragonés, incluidas las entidades locales, la decisión de someter a arbitraje las cuestiones relativas a la ejecución de los contratos corresponde al órgano de contratación, en todo caso y en todo contrato.

A. Ámbito subjetivo de aplicación del precepto que permite recurrir al arbitraje

El TACPA se plantea en primer lugar, si cabe la aplicación de este precepto a las entidades locales aragonesas. Así, el propio artículo 22 se refiere a «(l)os distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley», lo que exige estar a lo dispuesto en el artículo 2 de la ley aragonesa analizada, que en relación al ámbito de aplicación de la misma dispone lo siguiente:

«(e)sta Ley será de aplicación, en los términos y con el alcance que la misma determine, a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y a aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador, así como a la Universidad de Zaragoza.

2. Las disposiciones contenidas en esta Ley referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón serán aplicables igualmente a las entidades locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador, así como a las entidades contratantes recogidas en el artículo 3.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; e igualmente a las entidades que celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada a que se refiere el artículo 17 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público».

Por otro lado, la Disposición adicional octava –modificada por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón– bajo el título «Aplicación a las entidades locales» dispone lo siguiente: «(l)o dispuesto en los artículos 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 12 bis, 12 ter, 12 quater, 12 quinquies, 13 y 21, en el capítulo VIII⁴ y en los artículos 27 y 28 de esta ley será de aplicación a las entidades locales aragonesas y a sus organismos públicos y demás entidades vincula-

.....

4 El capítulo VIII lleva por título «(e)fectos de la declaración de nulidad».

das o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador; hasta la aprobación de su legislación específica sobre contratación del sector público».

Así, ni de esta Disposición adicional –que no incluye al artículo 22 analizado– ni del artículo 2 reproducido más arriba, puede concluirse la aplicabilidad de aquel precepto a las entidades locales aragonesas; pues el mismo, en rigor, no puede considerarse una disposición que forme parte del régimen jurídico del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, pese a estar incluido o situado, en el capítulo de la ley relativo al mismo.

B. Alcance e interpretación sistemática del precepto analizado

Resulta de interés aquí el análisis que se realiza en el acuerdo comentado para determinar el concreto alcance material que cabe otorgar al artículo tantas veces citado, –y su aplicabilidad para la resolución del recurso–, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, en cuanto a través de él, se alcanzan ciertas conclusiones claras sobre la figura del arbitraje en los contratos administrativos.

En primer lugar hay que partir de que la Ley 3/2011, de 24 de febrero de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón es dictada en ejercicio de la competencia estatutaria compartida de desarrollo y ejecución de la legislación básica en materia de contratos públicos, ex artículo 75 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado mediante la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, con arreglo al cual Aragón ejercerá el desarrollo legislativo de la legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley. Por tanto, hay que estar a dicha legislación básica para realizar una interpretación de la norma aludida conforme a aquella.

Destaca el acuerdo analizado, que el precepto legal en cuestión se introdujo en el ordenamiento jurídico aragonés estando vigente el TRLCSP y, por tanto, su artículo 50, dotado de carácter básico. Por tanto, el artículo venía a desarrollar, para Aragón, dicho precepto.

Asimismo en el análisis se continúa señalando que dicho artículo 50, especificaba que podían acudir al arbitraje los poderes adjudicadores que no tuvieran el carácter de Administración Pública y para las diferencias que surgieran sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos. Es decir, que por lo que aquí interesa, dicho artículo 50 del TRLCSP lo que hacía precisamente, era excluir expresamente el arbitraje para los contratos administrativos propiamente dichos, puesto que solo se permitía acudir al arbitraje a *«los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas»*.

Y ello por cuanto el artículo 26 de la LCSP vigente, –con similar fórmula que el TRLCSP– establece que son contratos privados *«los celebrados por entidades del*

sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas» y que, se regirán por la propia LCSP en cuanto a su preparación y adjudicación, mientras que sus efectos y extinción se regulan por las normas de derecho privado, con arreglo al artículo 26.3 de la citada ley.

Así pues, el artículo 50, hoy desaparecido de la normativa contractual, lo que hacía era establecer la posibilidad de someter a arbitraje cuestiones o controversias de Derecho Privado, en el seno de un contrato celebrado por un poder adjudicador que no fuera Administración Pública. Es decir, que este precepto contenía una habilitación a la figura del arbitraje, pero también establecía y con rotundidad, que no era posible su utilización en los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas.

Y esta regla del desaparecido artículo 50 por lo demás resulta –como se desarrollará a continuación– coherente con el ordenamiento jurídico español, desde la Constitución, a la legislación procesal, administrativa (hacienda y patrimonio) y contractual –tanto la vigente como la superada–, lo que, ya se puede adelantar, determina que, pese al silencio de la LCSP en orden a contener una regla que, aún a *sensu contrario*, impidiera la utilización del arbitraje en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, permite considerar excluidas a las mismas de la posibilidad de recurrir a la misma.

Por lo que respecta a la legislación contractual, en relación a los efectos y extinción, la LCSP establece una serie de «(p)rerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos».

Así, en el artículo 190 de la LCSP se señala que «Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.

Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato».

Y por su parte, el artículo 191 de la LCSP establece el procedimiento para su ejercicio:

«1. En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo anterior, deberá darse audiencia al contratista.

2. En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administra-

ciones Públicas integrantes del sector público estatal, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195.

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación:

a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma.

4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos».

Así, la regulación en materia de contratos públicos atribuye unas prerrogativas a la Administración en atención al interés general al que sirve. Y el ejercicio de las mismas está supeditado a un procedimiento y unos requisitos, que se establecen en garantía tanto del interés general como del contratista y cuyo resultado está sujeto al control judicial ordinario, en orden a garantizar el primero y también la tutela judicial efectiva.

Además, es clara la voluntad del legislador en orden a garantizar el respeto de tales prerrogativas, como se aprecia en la atribución a un órgano específico la función de hacerlo efectivo, pues el artículo 332.6 de la LCSP atribuye a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación –órgano creado por esta Ley– la función de «(v)elar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación».

Por ello, acudir al sistema arbitral en relación a los efectos y extinción en los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas, conlleva la elusión de los preceptos recién transcritos, con renuncia por parte de la administración contratante a las prerrogativas establecidas a su favor, lo cual resulta contrario al interés general, pues estas están establecidas precisamente en garantía del mismo.

Por otro lado, el artículo 27 de la LCSP, que se dicta al amparo de la regla 6.^a del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» dispone –en coherencia con el artículo 2 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa– que «(s)erán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones:

a) *Las relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos».*

Mientras que, según el mismo precepto, *el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver:*

a) *Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.*

Estamos ante una norma dictada en ejercicio de una competencia exclusiva del Estado y netamente imperativa, que dispone que las cuestiones relativas a efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos son competencia de los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo, y por tanto no se pueden atribuir a la figura arbitral, so pena de incurrir en una ilicitud.

Además, el recurso a esta figura no solo perjudica al interés general como se ha dicho antes, sino que también supone en cierto modo una renuncia por parte del contratista –cuyo carácter voluntario es relativo, al venir impuesta en los pliegos que el licitador acepta con la mera presentación de su oferta– a la tutela judicial efectiva, pues el sistema arbitral impide el conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios. Sobre esta cuestión se volverá más adelante para su desarrollo argumental.

Pues bien, en el acuerdo analizado se afirma que el régimen legal expuesto constituye Derecho imperativo, de cuya vigencia y operatividad la Administración Pública no puede disponer, sin que quepa por tanto, hacer renuncia de las potestades administrativas, ni sustraer el resultado de su ejercicio al necesario control judicial, sin menoscabo para el interés general y el particular del contratista.

Por ello, a juicio del TACPA, como operador jurídico en el ejercicio de sus competencias de revisión de los procedimientos de contratación, que debe aplicar la norma analizada, la única interpretación conforme con la distribución constitucional de competencias que cabe dar al artículo 22 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón, es que

el ámbito subjetivo del mismo son los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública. De tal manera que, dicho precepto no constituiría una habilitación legal para poder establecer el sistema arbitral en los contratos administrativos. Y en definitiva, cabe concluir que en el ordenamiento jurídico español actual, no es posible atribuir a arbitraje la resolución de discrepancias en el seno de un contrato administrativo.

III.- DOCTRINA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA SOBRE LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: LAS CUESTIONES DE ORDEN CONSTITUCIONAL QUE SUSCITA

I. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE INDISPONIBILIDAD DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

En refuerzo del análisis legal e interpretativo anterior, en el acuerdo comentado se cita una trascendente Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª– la núm. 2039/2017, de 20 diciembre, que acertadamente invocaba la recurrente en su escrito de recurso, que da una visión de conjunto y permite afirmar que el arbitraje no es posible en la relación jurídica de Derecho Público y que incluso en la de Derecho Privado hay un fondo de Derecho Público indisponible sobre el que tampoco es factible recurrir a la figura analizada. Así en la mencionada sentencia en su Fundamento de Derecho Quinto, se señala lo siguiente:

«Al contrario, con carácter general, el desenvolvimiento del arbitraje en la relación jurídica de Derecho Público tropieza con un obstáculo difícilmente salvable cuando se enfrenta a los principios de legalidad e indisponibilidad de las potestades administrativas. La Administración Pública, vinculada constitucionalmente a una regla de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (arts. 9, apartados 1.º y 3.º, y 103 CE) no puede disponer ni transigir sobre la aplicación de las normas que rigen su actuación salvo en la medida que esas mismas normas lo permitan.

Es en este sentido como deben interpretarse las distintas normas que han venido introduciendo el arbitraje en el ámbito del Derecho Administrativo, como cauce de resolución de controversias alternativo al recurso jurisdiccional contencioso-administrativo. Centrándonos en las normas más recientes, la Ley 47/2003 (RCL 2003, 2753), General Presupuestaria, en su 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”.

Y en similares términos, el artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (RCL 2003, 2594), de Patrimonio de las Administraciones Públicas (sobre el que volveremos infra), establece que:

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

Plasmando así lo que puede considerarse una regla general que solo ha admitido excepciones puntuales.

Cierto es, no obstante, que la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007 (RCL 2007, 1964) preveía en su artículo 39 (luego artículo 320, tras la reforma operada por Ley 34/2010 (RCL 2010, 2268) una cláusula de arbitraje en los siguientes términos:

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

Manteniéndose la misma redacción en el artículo 50 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.

Pues bien, partiendo de la caracterización de las “Administraciones Públicas” del artículo 3.2 de la misma Ley contractual, puede aceptarse que no son “Administraciones públicas” a efectos de dicha Ley las entidades públicas empresariales y las sociedades públicas, esto es, lo que se entiende habitualmente se entiende por sector público empresarial, en el que se incluye la entidad Puertos del Estado y las Autoridades portuarias. Desde esta perspectiva, a las autoridades portuarias les resulta extensible esa posibilidad de someterse a arbitraje, y de hecho así lo ha confirmado 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, que tras señalar que “los contratos celebrados al amparo de la presente Orden tendrán la consideración de contratos privados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contratos del Sector Público”, precisa en su regla 45.4, referida a las reclamaciones y recursos, 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”.

Esto no obstante, la referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual, y más específicamente en el ámbito contractual portuario, debe situarse en sus justos términos, pues de esa regla general que se acaba de apuntar no resulta en modo alguno una univer-

salización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino solo para aquellas sobre las que cabe transigir por no estar constreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad.

Esto es así porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse (expresión gráfica de esta regla es, v.gr., el artículo 86 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece gráficamente que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, “siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción”).

Por consiguiente, cuando en un contrato o convenio se introduce una cláusula de sometimiento de controversias a arbitraje, la aceptación de la viabilidad jurídica de esa cláusula no puede entenderse en modo alguno como una remisión incondicionada de cualesquiera controversias al arbitraje, sino como solución mediante arbitraje de las contencidas que versen sobre materias susceptibles del mismo; como, de hecho, así se pactó —en el presente caso— en el convenio de 2003 que la recurrente tanto cita, pues, como resalta la sentencia de instancia, su cláusula 7.^a preveía la resolución de las discrepancias que pudieran surgir en la interpretación y aplicación del mismo mediante arbitraje, ahora bien, solo en aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición.

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

Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y

contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho Público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado».

La sentencia reproducida es clara y sumamente ilustrativa y va más allá de la legislación ordinaria, al ordenar estar a la Constitución española misma, como parámetro para interpretar las normas que puedan establecer la figura arbitral en el ámbito del Derecho Administrativo, así como para verificar la viabilidad jurídica de cláusulas como la impugnada en el asunto del acuerdo comentado. Los principios de legalidad (arts. 9, apartados 1.º y 3.º, y 103 Constitución Española) y de indisponibilidad de las potestades administrativas, impiden aceptar esta figura para la resolución de conflictos en la contratación pública cuando una de las partes es la Administración. Esta tiene el deber constitucional de actuar al servicio del interés general y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho –artículo 103 de la Constitución Española– y no puede disponer ni transigir sobre la aplicación de las normas que rigen su actuación, salvo en la medida que esas mismas normas lo permitan.

En cualquier caso, resulta claro que se puede someter a arbitraje aquellas controversias que coincidan con la disponibilidad de su objeto para las partes –artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje–. Por ello, no es factible *a priori*, tal tipo de arbitraje, en el campo del Derecho administrativo, por cuanto el fin de la actuación de los entes públicos es el interés general y una vía alternativa a la judicial evitaría además el control de la legalidad de las actuaciones administrativas por Jueces y Tribunales.

Así pues, como se señala en la sentencia del Alto Tribunal recién reproducida, en la ejecución de los contratos administrativos estamos ante normas de Derecho imperativo e indisponible y ante unas potestades administrativas indisponibles, no susceptibles de transacción –lo que excluye *per se*, la apelación al arbitraje– cuyo ejercicio y resultado, no pueden abandonarse al juicio de un árbitro, sino que una vez ejercitadas por la propia Administración, únicamente podrá discutirse, en su caso, ante la Jurisdicción ordinaria o los órganos encargados de resolver los recursos especiales –en los casos legalmente establecidos– y por los cauces impugnatorios oportunos.

2. LA EXIGENCIA DE UN CONTROL FINAL JUDICIAL

Finalmente, en refuerzo de lo argumentado con anterioridad, como se apunta en el acuerdo comentado, también concurre un problema constitucional para la admisión del arbitraje en Derecho administrativo, que deriva del sometimiento de la actuación de la Administración al control de los Tribunales impuesto en el artículo 106.1 de la CE, el cual desde la perspectiva del administrado, supone la

satisfacción de su derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito, a través de tal control (art. 24.1 CE).

Y de esta fundamental objeción se trata en la Sentencia 75/1996, de 30 abril, del Tribunal Constitucional (Sala Primera) RTC 1996\75 en la que se señala –por lo que aquí interesa– lo siguiente:

«Desde esta perspectiva, la demanda ha de ser estimada. En efecto, la sentencia del Pleno de este Tribunal 174/1995 ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2, párrafo primero de la LOTT. En ella, el Tribunal Constitucional se enfrentó al problema planteado, coincidente con el que aquí hemos de responder, acerca de «si resulta conforme a la Constitución, concretamente con sus arts 24.1 y 117.3 CE, un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia» (fundamento jurídico 3.º). Ante ello, se declaró que «la autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace el párrafo primero del art. 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella», (fundamento jurídico 3.º). Y esto, que está dicho preferentemente desde la perspectiva del demandante, es igualmente aplicable al demandado, en cuanto que, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta conclusión no se desvirtúa, por otra parte, por la posibilidad de un ulterior recurso de nulidad frente al Laudo, previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje, que la parte intentó y fue desestimado por la sentencia recurrida, pues, como también declaró la referida STC 174/1995, ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 [RTC 1988\43] y sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE» (fundamento jurídico 3.º).

Resulta, por tanto, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, en cuanto se le ha sometido a un procedimiento arbitral del que

se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello».

Opina de esta misma forma Parejo Alfonso⁵, que concluye que el arbitraje en sentido estricto que cabría introducir en el Derecho administrativo ha de ser uno específico, de Derecho público, y por tanto distinto del regulado en la Ley de Arbitraje, conclusión a la que llega con la siguiente disertación:

«El poder público administrativo, constituido por la Constitución Española y sujeto a ella (art. 9.1 CE), no parece poder quedar exceptuado, vía arbitraje, del control jurídico externo precisamente de carácter judicial, es decir, cumplido en ejercicio del poder jurisdiccional definido por el artículo 117 CE, que prescribe sin matización alguna la propia norma fundamental.

La condición antes expuesta para la superación de la principal dificultad constitucional para la introducción del arbitraje –la no exclusión completa del control final judicial–, impone a este, empero, la especificidad de sus efectos, no tanto en cuanto a la eficacia de la decisión arbitral, cuanto más bien a la posibilidad de la apelación última al Juez y el alcance de la intervención de control de este. Esa posibilidad debe existir en todo caso para no defraudar el estatuto constitucional del poder público administrativo en punto a su control jurídico externo y estatal. Y el control judicial a verificar debe poder extenderse a la comprobación de la no infracción del ordenamiento jurídico, al menos de forma manifiesta (como para el supuesto de la autocomposición intraprocesal señala hoy ya el artículo 77 LJCA), por más que pueda configurarse como de instancia única para salvaguardar la finalidad perseguida con la técnica alternativa de que se trata. Pero entonces queda claro que el arbitraje en sentido estricto que cabe introducir en el Derecho administrativo es peculiar y de Derecho público, es decir, es distinto del regulado en la Ley de Arbitraje, que no resulta, así, aplicable sin más a la Administración pública. Y ello no solo por las razones expuestas, sino también por la singularidad de la actividad administrativa respecto de las de los sujetos ordinarios por muchas razones, pero entre las que destaca el empleo por la misma de mecanismos de macro-dirección y configuración sociales, es decir, afectando simultáneamente a una pluralidad de intereses y relaciones. De ahí que deba convenirse con J. Rosa Moreno, que llega a idéntica conclusión, en que la fórmula está por establecer y ha de consistir precisamente en la de arbitraje institucional. Circunstancia esta, que acerca la solución a la susceptible de desarrollo sobre la base del artículo 107.2 LRJAP y PAC y antes propuesta con criterios de orden práctico».

.....

5 PAREJO ALFONSO, L.: “Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo», a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid”, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, número 1, 1999, páginas 11-27.

IV. CONCLUSIÓN FINAL

En definitiva, cabe concluir que en el ordenamiento jurídico español actual, no es posible atribuir a arbitraje la resolución de discrepancias en el seno de un contrato administrativo, debido a que la Administración Pública tiene el deber constitucional de actuar al servicio del interés general y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sin que pueda disponer ni transigir, sobre la aplicación de las normas imperativas que rigen su actuación, salvo en la medida que esas mismas normas lo permitan, lo cual únicamente podrá hacerse en materias que no sean indisponibles y configurando un arbitraje específico, que contemple y garantice el control final judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa.