



Congreso Internacional de Contratación Pública

X Congreso Internacional

sobre

CONTRATACIÓN PÚBLICA

*RETOS DE FUTURO DE LA COMPRA
PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS*

#CICP21



21 y 22 de enero de 2021



Universidad de Castilla La Mancha
Online

PRIMER PANEL: Contratación pública post-Covid 19. Retos y oportunidades



**Gerardo García-
Álvarez**

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de
Zaragoza*

Ejecución de los contratos públicos y arbitraje

Práctica administrativa cada vez más frecuente: incluir en el PCAP una sumisión a arbitraje de las cuestiones controvertidas relativas a la ejecución de un contrato público.

Sin embargo, en la legislación básica de contratos no hay ninguna disposición expresa en tal sentido que tenga alcance general. **Esto ha llevado a un sector cualificado de la doctrina a cuestionar la legalidad de la práctica administrativa de prever la sumisión a arbitraje**



Referencias normativas específicas vigentes

- –para la «**contratación en el extranjero**», respecto a la que se establece legalmente que cuando la empresa sea extranjera el mecanismo preferente será la sumisión al fuero español y como alternativa, cuando lo anterior no sea posible, se preferirá a otras soluciones la sumisión a arbitraje como mecanismo de resolución de las controversias (LCSP disposición adicional primera, 3)
- –contratación en **sectores especiales**: ámbitos de agua, electricidad, transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales y prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, cuando la entidad contratante goce de derechos especiales o exclusivos (RDley 3/2020 art. 123):
 - «1. Las entidades contratantes **podrán remitir a un arbitraje en derecho**, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir **sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos** que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.
 - 2. Los *pliegos de condiciones* determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista.
 - 3. Cuando el pliego no señale la composición del órgano arbitral, y no exista acuerdo sobre la misma entre la entidad contratante y el contratista, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación a que se refiere el artículo 119».

Cuestión central

- ¿Debe interpretarse que fuera de esos supuestos específicos – contratación en el extranjero y contratación en sectores especiales- la sumisión a arbitraje es una práctica prohibida?



ANTECEDENTES LEGISLATIVOS REMOTOS

- Durante mucho tiempo, **la sumisión a arbitraje estuvo expresamente prohibida**: Real Decreto Bravo Murillo de **1852**, art. 12:
- *«Ningún contrato celebrado en 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».*
-
- En la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública del Estado de 1 de julio de **1911**, se regulaba la «contratación de servicios y obras públicas» (art. 47 a 66).
- Con carácter general, no únicamente para la contratación pública, **se prohibía la sujeción a arbitraje** de los derechos de la Hacienda Pública, salvo que una ley lo autorizase (art. 6):
- *«No se podrán enajenar ni hipotecar los derechos y propiedades del Estado sino en virtud de una ley, ni arrendarse o gravarse determinadamente las rentas públicas ni la participación que en ellas se conceda a Corporaciones que dependan del Gobierno, fuera de los casos en que las leyes de su creación u otras expresamente lo autoricen.*
- Tampoco se podrá en ningún caso hacer transacciones respecto a los derechos de la Hacienda, sino mediante un Real decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del de Estado en pleno.
- **Para someter a juicio de árbitros las contiendas que se susciten con los derechos de la Hacienda, habrá de proceder una ley autorizándolo».**
- La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública fue derogada por la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria

PRIMERA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL MODERNA

- Las disposiciones sobre contratación pública de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 estuvieron vigentes hasta la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratación del Estado, que las derogó expresamente.
- **Ni** en la Ley de Bases de 1963, ni en su texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, ni en el Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, ***se mencionaba el arbitraje***.
- Por Ley 5/1973, de 17 marzo, se modificó parcialmente la Ley de Contratos del Estado, lo que llevó a la aprobación por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, de un nuevo **Reglamento General de Contratación** del Estado, en cuyo artículo 54 se aclaraba que la legislación especial de contratos administrativos no había desplazado las previsiones generales de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado:
- «Las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos administrativos serán resueltas por el órgano de contratación competente, cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa, y contra los mismos habrá lugar a recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto por la Ley reguladora de dicha Jurisdicción (Art. 19 L.C.E.).
- ***Las transacciones y arbitrajes se sujetarán a los requisitos establecidos en la Ley de Administración y Contabilidad***».

LEGISLACIÓN GENERAL DE HACIENDA PÚBLICA Y PATRIMONIAL

- Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, amplió la posibilidad de arbitraje al equiparar transacción y arbitraje (art. 39):
- «No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ***ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros***, previa audiencia del de Estado en pleno».
- Esta solución está en la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art. 7.3):
- «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».
-
- Idéntico en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, art. 31:
- «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».

LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS RECIENTE

- El arbitraje no se menciona en la normativa de contratación pública hasta *la Ley 34/2010*, de 5 de agosto, por la que se adaptó la legislación de contratos públicos y la de contratación en sectores especiales a las nuevas directivas comunitarias, y por medio de la que se añadió un nuevo art. 320 a la *la Ley 30/2007*, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:
- «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».
- Ese tenor literal se incorporó al Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, art. 50, con carácter básico.
-
- La omisión en la LCSP de 2017 de cualquier mención al arbitraje (con excepción de la contratación en el extranjero) ha sido interpretada como su exclusión con carácter general por el legislador, con la posible excepción de los contratos privados del sector público (Covadonga BALLESTEROS, REDA núm. 200, 2019).

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

- La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de **Aragón** (art. 33.6) añadió un artículo 22 a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, con la rúbrica «Arbitraje»:
- «Los distintos *poderes adjudicadores sometidos a esta ley* podrán remitir a un **arbitraje**, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los **efectos, cumplimiento y extinción de los contratos*** que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos».

ADMINISTRACIÓN LOCAL

- En el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Regimen Local, art. 180.2, se consideraba aplicable a las Administraciones locales la posibilidad de arbitraje contenida en la Ley General Presupuestaria, aunque sometido a tutela administrativa a cargo de la Comunidad Autónoma:
- «1. Las Entidades locales no podrán enajenar o hipotecar sus derechos y propiedades ni conceder exenciones, perdones, rebajas o moratorias para el pago de sus recursos o de los créditos por cualquier concepto que tuviesen liquidados a su favor, excepto en los casos previstos por las Leyes.
- 2. Las transacciones y arbitrajes previstos en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria requerirán, cuando afecten a derechos de las Haciendas de las Entidades locales, el acuerdo del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente que tuviera asumida esa competencia».
-
- El art. 180.2 del TRRL fue derogado por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Ni en la LHL ni en el texto refundido posterior de 2004 se menciona el arbitraje.
-
- Parece lógico interpretar que entre 1986 y 1988 las entidades locales podían recurrir arbitraje, pero debían obtener previamente la autorización del ejecutivo autonómico. Derogado ese requisito, la posibilidad de arbitraje estaría enteramente en manos de los órganos de cada entidad local.

LIMITES DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- A propósito de lo previsto en la Ley General Presupuestaria, el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 2039/2017 de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4617) recordó que la habilitación a las Administraciones públicas para someter a arbitraje las controversias, sea en el ámbito de la contratación pública o en el de la contratación patrimonial, está limitado por el principio de legalidad y por el carácter indisponible de las potestades públicas:
- «la referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual, y más específicamente en el ámbito contractual portuario, debe situarse en sus justos términos, pues de *esa regla general que se acaba de apuntar no resulta en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino sólo para aquellas sobre las que cabe transigir por no estar constreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad*».
- El Tribunal Supremo se apoya en el art. 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:
- «Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, **siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción** y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

Conclusión

- De ello pueden extraerse algunas consecuencias:
- –el eventual arbitraje deberá ser un arbitraje en Derecho (no en equidad)
- –las cuestiones regladas, como las relativas a los procedimientos de licitación, no son susceptibles de arbitraje
- –el campo privilegiado de aplicación será el de la ejecución de los contratos
- –una medida aconsejable, especialmente en contratos de ejecución compleja que haya de alargarse en el tiempo, es la inclusión en los pliegos contractuales de previsiones específicas sobre la sujeción a arbitraje.



Congreso Internacional de Contratación Pública

X Congreso Internacional sobre Contratación Pública

21 y 22 de enero de 2021



Gracias por su atención

Patrocinadores Platino



Patrocinadores Plata



Colaboradores

