

## **LA UTILIDAD DE LAS CLAUSULAS DE ARBITRAJE EN LA CONTRATACION PUBLICA DE LOS PANAP. UN PUNTO DE VISTA DIFERENTE**

### **1. Introducción al tema**

Una de las preocupaciones frecuentes en los departamentos jurídicos de las empresas del sector público cuando ha de valorarse el pliego de contratación que quiere llevarse a la aprobación del órgano de contratación competente es la previsión del conflicto. A nadie se nos escapa que cualquiera que sea el pliego, éste está expuesto a que, en fase de actos preparatorios, se puedan formular recursos contra él en base a lo preceptuado en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017 (en adelante, LCSP). Dependerá del tipo de licitación, que el recurrente podrá acudir bien sea al recurso especial del artículo 44 o al recurso de alzada de la mano del artículo 44.6 en concordancia con el artículo 121 de la Ley 39/2015.

No obstante, superada esta fase sin que haya impugnación alguna y formalizado el contrato, se abre la etapa de los efectos y extinción del artículo 319 de la LCSP, rigiéndose éstos por las normas del derecho privado, según dispone el mismo articulado. Es en este momento que debemos analizar todas las posibles previsiones en caso de conflicto, valorando qué es lo que más nos conviene si se da la ocasión de mantener diferencias sustanciales con el adjudicatario en la interpretación del contenido contractual de la relación jurídica.

No es éste un tema baladí por cuanto, dependiendo de la previsión dispuesta en el pliego, puede suponer una auténtica catástrofe si hemos de afrontar una contienda judicial y, por esta razón, cuando la solución consensuada se hace imposible, se impone muchas veces el valorar la posibilidad de disponer de métodos alternativos de solución de conflictos que sirvan como medio para alcanzar una resolución que ponga fin a la polémica en un tiempo prudencial. Y en este espacio alternativo es cuando surge la posibilidad de prever una cláusula arbitral.

Normalmente y por regla general, los pliegos de los poderes adjudicadores no administradores públicos (en adelante PANAPs) recogen una cláusula por la que se remite a la jurisdicción civil los efectos y extinción de los contratos. Es lo correcto, sin lugar a duda, pero en caso de judicialización, abre la incógnita de cuánto será el tiempo que se va a tener que invertir hasta conseguir un resultado final del proceso judicial: primera instancia, segunda instancia, casación, etc.

Ante dicha situación: ¿es acertado establecer en los pliegos una cláusula de arbitraje que sirva para dirimir los conflictos jurídicos entre órgano de contratación y adjudicatario?

### **2. La historia reciente del arbitraje en las normas de contratación pública**

Antes de contestar a la pregunta, hagamos una prospección histórica de la norma de contratación. En este sentido, es necesario recordar que la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establecía en su artículo 320:

*“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.”*

El caso es que con la aparición de la nueva y vigente Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público dicha previsión desapareció quedando relegada su posición para considerarse como un servicio excluido de la regulación de dicha ley. Sin embargo, que no esté dispuesta como lo estaba con la anterior ley no obsta a que pueda ser incluida en los pliegos para licitar servicios, obras o suministros. De hecho, y aunque parezca incongruente, subsiste la previsión legal de acudir al arbitraje en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. Lo hace expresándolo así en su artículo 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.”*

3. Los PANAPs pueden acudir al arbitraje y preverlo en sus pliegos: de equidad o de derecho

El artículo 26.1.b) LCSP estipula que tienen la consideración de contratos privados los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúna la condición de administración pública. Con fundamento en este artículo, los PANAPs están perfectamente legitimados para disponer como solución de conflictos la cláusula de arbitraje.

Volviendo a la pregunta que nos hacíamos sobre qué ventajas nos trae como PANAP tener la cláusula arbitral, diré que si lo hacemos con buen criterio y sentido común puede sernos de mucha utilidad. Utilizar ya sea el arbitraje de derecho o el de equidad supone el conocimiento y la seguridad que vamos a tener una resolución de la controversia en un tiempo máximo de seis meses u ocho si se declara motivadamente una prórroga (artículo 37.2 de la Ley 60/2003), sin que ello deba suponer una merma en la seguridad jurídica del resultado.

El arbitraje de equidad puede salvar situaciones eventualmente complejas en determinados contratos, especialmente el de obras cuando promotor y contratista mantienen controversia sobre aspectos esenciales en el desarrollo de la obra: estado de las mediciones, valoración de partidas concretas, aprobación de precios contradictorios para modificaciones concretas del proyecto, etc. Y por lo que respecta a un arbitraje de derecho, puede ayudar a buscar una

solución justa, adecuada y bien razonada en un periodo de tiempo reglado por la propia ley de arbitraje.

#### 4. Las virtudes de la Ley de Arbitraje 60/2003

Cierto es que existen detractores de incorporar cláusulas de arbitraje en los pliegos de contratación de los PANAPs por motivos diversos, como por ejemplo que el árbitro o árbitros no fundamenten su laudo con la precisión que lo haría un juez o magistrado o que las posibilidades de interponer recursos contra el laudo sean tan tasadas que impiden prácticamente cualquier impugnación. Sin embargo, si leemos con detenimiento la ley, observamos que el margen de maniobra que deja la norma para establecer las reglas del arbitraje es amplio y garantista. Fíjese, por ejemplo, como el artículo 123 del Real Decreto-ley 3/2020 antes transcrito, pone las bases mínimas para que el arbitraje sea equitativo para las partes en cuanto al nombramiento de árbitros y, en caso de divergencia, sea el propio órgano competente en el arbitraje quien lo elija. Por otra parte, no hay que olvidar que las competencias del árbitro son también muy completas (artículos 22 y 23 Ley 60/2003) así como la sustanciación de las actuaciones arbitrales (artículos 25 y siguientes del mismo Texto Legal).

#### 5. Los recursos contra laudos

Los recursos que cabe interponer contra el laudo son la acción de nulidad por los motivos que expresa el artículo 41 de la Ley 60/2003 y, en su caso, un recurso de revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes como así expresa el artículo 43 de la citada Ley.

Un caso peculiar que me ha llamado la atención es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, de fecha 17/11/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4174).

Haciendo un ejercicio de breve resumen del caso, se trata de una PANAP que licitó un contrato de redacción de proyecto y dirección de obras, en cuyo pliego se disponía de una cláusula de arbitraje. La licitación fue adjudicada a una UTE, quien comenzó a ejecutar el contrato. Sea como fuere, se produce un conflicto que hace que se ponga en marcha el arbitraje, dictándose su correspondiente laudo que declara resuelto el contrato con obligación de indemnizar al adjudicatario. No obstante, se había procedido, por una parte, a disolver y extinguir la empresa pública -PANAP-, lo que suponía la sucesión del Ayuntamiento en todos sus derechos y obligaciones; pero, por otra parte, la misma Corporación había iniciado un expediente de revisión de oficio para declarar la nulidad del pliego por prácticas colusorias. Debe subrayarse que esta revisión de oficio lo era por los actos preparatorios de la contratación.

El debate estaba servido:

1. ¿Puede una administración pública revisar de oficio un contrato adjudicado por una entidad pública extinguida, pese a existir una cláusula de arbitraje?
2. ¿Qué prevalece: el procedimiento de revisión de oficio o el arbitraje privado?
3. ¿Es válida la declaración de nulidad por prácticas colusorias?

El Tribunal Supremo da la razón al Ayuntamiento por entender:

- a) La cláusula de arbitraje no limita la potestad de revisión de oficio de una administración pública.

- b) La revisión de oficio puede coexistir con un procedimiento arbitral, pero si se declara la nulidad del contrato, el arbitraje pierde objeto.
  - c) La nulidad por prácticas colusorias afecta a los actos de adjudicación y puede ser declarada por la administración.
6. A modo de conclusiones

En conclusión, sea que, por una parte, como PANAPs no gozamos de ciertas potestades administrativas como son las prerrogativas para la interpretación de los contratos, reservada únicamente a las administraciones públicas, según se desprende del artículo 190 LCSP y que por otra parte, se extiende cada vez más la idea de que las controversias deben de evitarse en lo posible a través de medios alternativos a la vía judicial, la previsión del arbitraje, sea de derecho o de equidad en los pliegos de contratación, puede ser una óptima solución.

A pesar de que la muy reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, en su artículo 3.2 excluye expresamente a las entidades pertenecientes al sector público de las medidas dispuestas en dicha Ley relativas a los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional (MASC) que deben de aplicarse antes de proceder a interponer cualquier tipo de demanda en vía jurisdiccional civil, existen voces que empiezan a solicitar que éstos se extiendan también a otros ámbitos como el contencioso administrativo. De hacerse realidad, la disposición de una cláusula arbitral en los pliegos evitaría tener que acudir a los MASC. Con ello no quiero que parezca que mi opinión es que los MASC sean algo negativo, todo se verá con el tiempo, pero lo cierto es que, si queremos soluciones ágiles y con garantías para aquellas controversias enrocadas que no pueden ser cerradas por común acuerdo entre órgano de contratación y adjudicatario, el arbitraje es una buena fórmula para darle salida.

Joan Badia Gauchia  
Director Jurídico de la empresa municipal Vimusa  
Mayo 2025