

Recibido: 11 febrero 2106
Aceptado: 18 marzo 2016

La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional *

Álvaro SORIANO HINOJOSA **

Sumario: I. Introducción II. Delimitación del estudio: la administración pública ante el arbitraje. 1. El complejo panorama definitorio del denominado arbitraje administrativo: A) Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución; B) Descripción de otras variantes del denominado “arbitraje administrativo” y su exclusión de este estudio. Otras figuras convencionales: a) La Administración como árbitro entre sujetos privados. Idea de procedimientos materialmente arbitrales; b) Alternativas de formación compuesta a los recursos administrativos, en especial la apelación a un denominado “arbitraje procedimental”; c) El denominado “arbitraje institucional”: un supuesto endógeno de solución de límites de competencias y atribuciones interna corporis en las administraciones; d) Algún supuesto de efectiva aceptación del arbitraje internacional en normas administrativas. C) Hacia un cambio en la representación y defensa del Estado en el arbitraje internacional y nacional. La creación de una unidad de arbitraje en la Abogacía del Estado. Breve referencia al TCE. III. El arbitraje de las Administraciones Públicas: elemento sospechoso ante el poder público. 1. De la prohibición inicial total y evolución posterior. 2. Justificación constitucional del arbitraje administrativo: A) Relación de la Constitución con los Tratados Internacionales; B) La técnica de la delegación legal recepticia del arbitraje como apertura a la figura. Primacía del Parlamento sobre la Administración. Las materias disponibles: a) Delegación recepticia de la cláusula arbitral; b) Las materias susceptibles de arbitraje administrativo en general; c) Algunas posibles peculiaridades y límites. 3. Orden público como límite constitucional. IV. Significativos avances provenientes del Derecho internacional privado y comunitario. 1. Normas y Asuntos: A) Riesgos asumidos por el inversionista extranjero y cláusulas de disminución del riesgo; B) Inmunidad de ejecución y la moderna protección diplomática; C) Caso *Maffezini*. 2. Gestión de la responsabilidad financiera en arbitrajes en los que la UE sea parte. V. Contratación administrativa. 1. La superación de la prohibición tradicional y sus problemas. 2. El determinante de la Contratación Internacional como técnica de superación de las barreras tradicionales. Posición del Consejo de Estado. 3. La legislación actual de Contratos del Sector Público. Tímidos avances en Derecho comunitario y nacional. 4. Otros supuestos de aplicación del arbitraje administrativo provenientes del Derecho comunitario o internacional. 5. El levantamiento de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución estatal en asuntos regidos por la *lex mercatoria*. Necesidad de una “Ley de Arbitraje Administrativo Internacional y Nacional”. VI. Conclusiones.

* Estudio fruto de la obtención del 2º Premio Internacional de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) convocado con motivo de su XXV Aniversario.

** Abogado de Gómez—Acebo Pombo Abogados, S.L.P.

Resumen: La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional

El arbitraje en Derecho público ha evolucionado en España desde su completa prohibición en 1852. Los APPRIs han supuesto una palanca en la evolución del arbitraje en el que los Estados forman parte. El orden público internacional es la única norma imperativa que debe tenerse en cuenta para poder anular un laudo. Los tribunales locales prohíben en ocasiones la acción de anulación para evitar un perjuicio a su país. La palabra del Estado cuando decide someterse a arbitraje, debe ser sagrada.

Palabras clave: ARBITRAJE Y SECTOR PÚBLICO – INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN – ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO – ORDEN PÚBLICO.

Summary: State immunity and international administrative arbitration

Public Law Arbitration has evolved in Spain since it was completely banned in 1852. BITs have supposed the leading resource in the evolution of arbitration which implicates the States. International public policy is the only mandatory rule which must be taken into consideration to annul an award. The local tribunals sometimes adopt the annulment actions to avoid damages to their own countries. The commitment of the State when deciding to submit its disputes to arbitration must be sacred.

Keywords: ARBITRATION AND PUBLIC SECTOR – IMMUNITY OF THE STATES – BACKGROUNDS OF ADMINISTRATIVE ARBITRATION – PUBLIC POLICY.

I. Introducción

1. El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos (MARC) ampliamente extendido entre particulares privados que supone la máxima expresión de autonomía de la voluntad: la elección de quién y cómo va a resolver las futuras controversias que pudieran surgir entre las partes. El arbitraje no se encuentra tan aceptado cuando afecta al sector público, que muestra una mayor reticencia a la hora de comprometer sus conflictos en un arbitraje. La evolución de los negocios internacionales y el poder creciente de los inversionistas extranjeros está provocando un progresivo aumento de la aceptación del arbitraje en los contratos formalizados entre los particulares con las Administraciones Públicas o los Estados¹. Recordemos que hay numerosas empresas que en algunas ocasiones son capaces de provocar cambios en la legislación de los países por la envergadura de las inversiones que éstas pueden realizar en el Estado receptor de la in-

¹ J.C. Fernández Rozas "Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. V, nº 1, 2012, p. 47.

versión²; que existen empresas como Apple cuya valoración bursátil supera con creces, y desde hace tiempo, el PIB de países de cierto calado como Argentina, Suecia, Dinamarca, Polonia, Grecia o Bélgica³; o que la valoración de las tres compañías de mayor volumen de EE.UU. —Exxon Mobile, Google y Apple— equivaldría al PIB de España⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, las relaciones de los Estados con los inversionistas privados no se limita a un grupo selecto de compañías, sino que todas aquellas inversiones, tanto nacionales como extranjeras, son bienvenidas por los gobernantes. Asimismo, la equivalencia de los inversores extranjeros a los nacionales fomenta la competencia, lo que supone que el Estado receptor de la inversión se beneficie con mejores precios y mayor talento de las empresas con las que finalmente contraten. Dentro del abanico de cláusulas que han de pactar las Administraciones Públicas y los Estados con los inversionistas extranjeros, destaca la elección, por parte de éstos, de solucionar las posibles divergencias a través de fórmulas que no concluyan ante la jurisdicción local, entre las que destaca el arbitraje. La proliferación de APPRIs⁵ fomenta el arbitraje de inversiones, donde el Estado acude al arbitraje porque existe un tratado que le obliga a ello en lugar de una cláusula compromisoria. Se trata, por ende, de un arbitraje unilateral⁶.

² Recordemos, entre otros, las presiones ejercidas por la Comunidad de Madrid para que se cambiara la ley antitabaco para la constitución de Eurovegas. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/09/17/madrid/1379406016_127872.html, o las peticiones realizadas por diferentes colectivos para que se articulara una nueva legislación sobre inversión privada en obra pública. <http://www.elmundo.es/economia/2014/03/12/53202055ca4741407a8b456b.html>.

³ D. Goldman, "At \$400 billion, Apple is worth more than Greece". Noticia de la CNN publicada el 19 enero 2012 así como <http://www.revistasumma.com/finanzas/23256-apple-vale-mas-que-el-pib-de-suecia.html>.

⁴ <http://www.bolsamania.com/noticias/pulsos/apple-google-y-exxon-mobil-alcanzan-una-valoracion-bursatil-conjunta-similar-al-pib-de-espana-427627.html>.

⁵ J. Díez-Hochleitner, "La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras", Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, jornadas sobre "La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina" de 11 y 12 diciembre 2003, fijaba el número de APPRIs suscritos por España en 47, mientras que apenas 7 años más tarde, J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Civitas, 2010, p. 391, fija el número de APPRIs suscritos por España en 72, si bien matiza que "10 de ellos aún no están en vigor, y uno es aplicable provisionalmente". Damos acceso a esta lista a través del siguiente enlace: <http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/Lista-appri-vigor/2013-10-02-ListaApris.pdf>.

⁶ J.C. Fernández Rozas "Internacionalismo versus...", *loc. cit.*, p. 64.

2. El arbitraje es un instrumento necesario para fomentar la participación de los Estados y las Administraciones Públicas en los negocios internacionales al no existir una jurisdicción común a todos los Estados. Esta necesidad se ve incrementada cuando empresas privadas formalizan contratos con la Administración Pública y/o los Estados. En estos supuestos, el particular busca, a través del arbitraje, una seguridad jurídica superior a la que conceden los tribunales locales.

No podemos olvidar, que la creación de cortes de arbitraje, como el propio el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (en lo sucesivo, CIADI), obedece en parte, "a una solicitud de los gobiernos de los países con inversores dispuestos a expandirse en el extranjero para que el Banco Mundial tuviera un protagonismo en las divergencias relacionadas con inversores⁷". Sin embargo, tampoco puede obviarse que determinados contratos suscritos por los inversionistas extranjeros con el Estado receptor de la inversión pueden afectar a materia de pura disciplina administrativa que llegue a perturbar el orden público. Esta tipología de contratos van a estar sometidos a las prerrogativas que la normativa interna conceda a los poderes públicos, por lo que, en ocasiones, no será válida la cláusula de sometimiento a arbitraje⁸.

3. Desde siempre han existido reticencias e incluso hostilidad por parte de los Estados y las Administraciones Públicas para someterse a arbitraje debido a la comodidad que sienten al litigar ante una jurisdicción contenciosa local. No obstante, esta resistencia de la Administración choca frontalmente con los intereses de los inversionistas, quienes no se sienten persuadidos por las jurisdicciones locales por dos razones principales: i) la lentitud con la que éstas resuelven los litigios; y ii) el desconocimiento del contratante extranjero de la jurisdicción y legislación local, en ocasiones más proclive a dar la razón al Estado (sinécdoque del resto de las Administraciones Públicas).

Efectivamente, la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra colapsada, lo que puede bautizarse como una crisis de la justicia administrativa⁹ y lo que es peor, una crisis de confianza de los inversores y los propios ciudadanos en la eficacia del sistema judi-

⁷ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...*, *op. cit.*, p. 403.

⁸ F. González de Cossío, "Arbitraje y contratación gubernamental", *Spain Arbitration Review*, nº 15, 2012, p. 122.

⁹ F. García Ortells, "La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho público", *Spain Arbitration Review*, nº 16, 2013, p. 57 ss.

cial¹⁰. Existen varios indicadores que representan la situación patológica actual, entre los que destacan: los 191.088 procedimientos que se iniciaron en el año 2013, los 255.837 asuntos en trámite o la extensa de la duración de los procesos, si bien se debe resaltar la mejoría observada respecto a los anteriores ejercicios¹¹.

4. El primer análisis que se debe realizar es la incardinación del arbitraje dentro del orden administrativo. El Tribunal Constitucional (TC) ha declarado reiteradamente que el arbitraje supone un equivalente jurisdiccional al proceso judicial ordinario¹², lo que implica que cualquier persona puede someter sus controversias ante un órgano arbitral sin ver menoscabado su Derecho a la tutela judicial efectiva.

El arbitraje en materia administrativa contribuye a descongestionar el sistema judicial y además propone otra opción válida más que puede permitir escoger entre una vía u otra, según la libre voluntad de las partes. Como era de prever, en aquellos tratados en los que se ha otorgado la posibilidad a los inversionistas extranjeros de acudir a un arbitraje o de litigar ante la jurisdicción contenciosa, han decidido en su mayoría someter sus disputas vía arbitraje en perjuicio de la tradicional. Como paradigma de lo anterior, resaltan las recientes disputas surgidas al amparo del Tratado de la Carta sobre la Energía (TCE)¹³ en las que los inversionistas extranjeros han optado por litigar en un arbitraje internacional en lugar de hacerlo ante la jurisdicción local¹⁴. Esta opción no existe para los inversores nacionales¹⁵, que se han visto perjudicados por la discriminación positiva que ofrece el TCE respecto a los inversionistas extranjeros.

Este perjuicio se demuestra por la decisión unidireccional que han ofrecido los tribunales españoles ante las demandas iniciadas por los inversores nacionales por los cambios regulatorios, en los que se ha otorgado la razón al Estado frente a la impugnación realizada por di-

¹⁰ J.E. Soriano García, *El Poder, la Administración y los Jueces*, Madrid, Iustel, 2012, p. 94.

¹¹ Datos extraídos del *Informe 2014 del Observatorio de la Actividad de Justicia*. Elaboración de la Fundación Wolters Kluwer España, pp. 27 y 29, si bien debemos destacar el elevado descenso del número de asuntos en trámite, que en el año 2012 ascendió a 321.574 según el *Informe 2013 del Observatorio de la Actividad de Justicia*.

¹² SSTC 26 enero 1989 [RTC 1989/15], 23 noviembre 1995 [1995/176], 11 noviembre 1996 [RTC 1996/176] y/o 14 diciembre 2006 [RTC 352/2006].

¹³ A. Fernández Pérez, "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, p. 371.

¹⁴ <http://www.encharter.org/>

¹⁵ Cf. art. 17 TCE.

ferentes particulares de varios instrumentos normativos relacionados con las controversias fotovoltaicas¹⁶. Este es un simple botón de muestra de una jurisdicción monolítica que los inversionistas extranjeros no están dispuestos a sufrir.

5. Ciertamente, cada tribunal es soberano de resolver conforme su leal saber y entender; pero qué duda cabe que otorgar la razón de forma sistemática al Estado no coadyuva a generar confianza en los inversionistas extranjeros respecto a la jurisdicción local. Desde luego que optar por acudir a un arbitraje internacional no va a garantizar la razón inmediata al particular, pero las resoluciones al amparo del TCE han sido más equilibradas. En cambio, como punto negativo de estos arbitrajes, no se termina de cumplir con el principio de celeridad que se les presupone, principalmente por la complejidad que revisten los asuntos laudados¹⁷.

Ante todo, el hecho de contar con fórmulas alternativas como el arbitraje siempre supone una opción más y, por tanto, una ventaja de elección. Sin embargo, en ocasiones, a pesar de haber aceptado el Estado o el organismo público correspondiente someter una controversia a arbitraje, el Estado se opone con carácter previo al inicio del proceso —*ex ante*— o lo que es más grave, una vez dictado el laudo —*ex post*—, lo que agrava la confianza en el sistema arbitral y, sobre todo, en el Estado que incumple el laudo.

6. El arbitraje ha experimentado en los últimos tiempos un avance significativo tanto en el número de arbitrajes como en el número de personas que participan en ellos. Sin embargo, España no se ha consolidado a la vanguardia de este sistema alternativo de resolución de conflictos; la excesiva proliferación de Cortes ha menguado el poder atractivo de España como sede arbitral.

Así, la especialización ha alcanzado tanto a los abogados como a las propias cortes de arbitraje. El CIADI ha sido el motor encargado de

¹⁶ Citamos a modo ejemplificativo, dado que no es el objeto del presente estudio, las siguientes resoluciones: STS 3ª 12 noviembre 2012 [RJ 2013/131], 20 diciembre 2012 [RJ\2013\854], de 29 enero 2013[RJ2013/1534], 25 junio 2013 [RJ 2013/5644], 13 enero 2014 [RJ\2014\574], 13 abril 2014 [RJ\2014\2566]. En las meritadas Sentencias se discutía la constitucionalidad de la Orden ITC/3353/2010; del RD 1565/2010 y del RD-Ley 14/2010. En todas ellas la resolución del Alto Tribunal es similar: (i) no existe expropiación, (ii) la medida está justificada por el interés general, "concretado en la sostenibilidad del régimen económico del sector eléctrico, que pretende evitar *ad futurum* los efectos perjudiciales de decisiones iniciales que se habrían relevado inadecuadas o ineficientes".

¹⁷ Consultable en el Anexo I de la Bibliografía

resolver las controversias que surgieran en materias de inversiones, la CCI ha actuado con carácter más global y la Cámara de Estocolmo se encuentra más vinculada a resolver controversias surgidas en países de Europa del Este. Sin embargo, en España se ha preferido optar por multiplicar las Cortes de Arbitraje a través de las Cámaras de Comercio¹⁸. Tanto es así, que algunas de estas Cortes ni siquiera han ventilado un arbitraje.

Por esta razón encontramos necesario refundir las múltiples Cortes de Arbitraje en una única Corte internacional que sirviera de puente entre los inversores occidentales y Sudamérica y que dirimiera también los arbitrajes internacionales en los que el Reino de España o inversores hispanohablantes formaran parte. Así, si bien a nadie se le escapa que el continente americano es un lugar donde se sirve un grandísimo número de arbitrajes de inversión, resulta chocante que estos se ventilen ante Cortes establecidas en Estados no-hispanohablantes, sobre todo si tenemos en cuenta la importancia que tiene el Estado Sede en materia arbitral. Máxime cuando la calidad de los árbitros españoles y sudamericanos está más que contrastada. La consecuencia inexorable de eliminar Cortes de Arbitraje y hacerlas más fuertes y poderosas sería un aumento creciente que pusiera a España como punto de referencia para resolver controversias que afectaran a inversores y países hispanohablantes.

II. Delimitación del estudio: la administración pública ante el arbitraje internacional

1. El complejo panorama definitorio del denominado arbitraje administrativo

A) Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución.

7. Uno de los problemas con los que se enfrentan los inversionistas y contratantes con el Estado a la hora de someter sus diferencias a arbitraje, es la inmunidad del Estado en su doble vertiente: inmunidad de jurisdicción e inmunidad ejecución, ambas articuladas sobre el viejo aforismo *par in parem non habet imperium*.

¹⁸ Probablemente el error comenzó en la concesión de administrar arbitrajes internacionales a todas las Cámaras mediante el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, sobre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de arbitraje comercial internacional. <http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/redcortesarbitraje.html>.

La inmunidad de jurisdicción es entendida como la imposibilidad de enjuiciar a un Estado ante los tribunales de otros países¹⁹ y/o la imposibilidad de que los Estados diriman sus disputas ante tribunales arbitrales²⁰. Esta inmunidad de jurisdicción se extiende a las personas jurídico-públicas que componen la galaxia administrativa. Por su parte, la inmunidad de ejecución implica que a un Estado no se le puede obligar a cumplir una condena extranjera. Esta inmunidad es más absoluta que la inmunidad de jurisdicción, que se ve matizada por la distinción entre (i) aquellos actos en los que el Estado actúa en su condición de Estado –*iure imperii*– con todos los privilegios legales que le acompañan y (ii) aquellos en los que el Estado ha acudido al mercado internacional como un particular más –*iure gestionis*– en los que el Estado no debería utilizar sus prerrogativas por no haber actuado en su condición de autoridad.

Los actos *iure gestionis* deben quedar excluidos de la protección inmunitaria que se dispensaba antiguamente al Estado del sometimiento a arbitraje. Esto se ha conocido como la teoría de la inmunidad restringida –creación de tribunales belgas e italianos– que versa precisamente sobre la posibilidad de enjuiciar al Estado y a las Administraciones Públicas cuando intervengan como un mero particular más en el comercio internacional. De esta forma los particulares no se verían afectados por decisiones posteriores que adopte unilateralmente el Estado en cuestión para evitar el sometimiento a arbitraje.

8. En la legislación española, las inmunidades de los Estados vienen dispuestas en el art. 21.1º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, “LOPJ”), que indica que “Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.” Y el numeral segundo de idéntico precepto añade que “se ex-

¹⁹ J. Montero Aroca y C. Esplugues Mota “Materias objeto de Arbitraje”, en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª ed., Cizr Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2011, p. 158.

²⁰ No obstante, se deja al margen de esta inmunidad las responsabilidades que se puedan derivar frente a un Estado que infrinja sus obligaciones internacionales o sea llevado ante tribunales establecidos en tratados Internacionales de los que forme parte. O. Casanovas i La Rosa, “La inmunidad del Estado”, en M. Díez de Velasco (coord.), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 284 y 286.

ceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.”

El problema de fondo que llevan aparejados estos principios es que en ocasiones hacen inútiles las cláusulas arbitrales suscritas entre un contratante con el Estado. Así, por mucho que se haya incorporado a un contrato una cláusula precisa por la que las partes acuerdan someterse a un arbitraje internacional, en ocasiones, surgida una controversia entre las partes, los Estados y las Administraciones Públicas pueden hacer uso de sus potestades de inmunidad para discutir la validez de la cláusula compromisoria.

La discusión sobre la competencia arbitral, con carácter previo a la resolución de fondo de un asunto, podría ser objetivamente acertada, o, al menos, resulta coherente con la posición del demandado que no quiere someter el asunto a arbitraje. No obstante, en ocasiones, las alegaciones de falta de competencia se realizan una vez se ha dictado un laudo adverso, accionando la nulidad de éste ante una instancia nacional por causas de inmunidad de jurisdicción o de orden público. Esto desemboca en una falta de seguridad jurídica que es percibida por el resto de participantes en los negocios internacionales como un riesgo elevado a la hora de invertir en dicho Estado. Con lo que a la larga, el Estado infractor que no cumple con un laudo o que intenta anularlo, se debería ver perjudicado por el menor interés que presenta para el orbe inversor.

Así pues, no cabe duda de que en los negocios internacionales resulta esencial la búsqueda de un marco jurídico neutral²¹, anacional y efectivo como supone acudir a una Corte arbitral que equilibre la de-

²¹ *Gas Natural c. República de Argentina* caso CIADI N° ARB/03/10. El Tribunal Arbitral resaltó la neutralidad del marco arbitral CIADI, al señalar que: “La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor”. Esta afirmación se encuentra relacionada con lo dispuesto en el art. 27 del Convenio CIADI, que reza lo siguiente: (1) “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.”

sigualdad preexistente entre un Estado y el inversionista extranjero como pudiera ser el CIADI, la Cámara de Comercio Internacional de París (en adelante, CCI) o la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA)²². De tal forma que, como se indicaba en el asunto *Gas Natural c. República de Argentina*, ni el inversionista tenga someterse a las decisiones locales, ni el Estado receptor de la inversión pueda verse perjudicado por presiones políticas o por la protección diplomática que dispense el Estado a su nacional prohijando el conflicto.

9. Existen numerosas legislaciones estatales, a las que no es ajena la española, que mantienen ciertas restricciones a la suscripción de cláusulas de sometimiento a arbitraje cuando una de las partes sea un Estado o una entidad pública. Incluso algunas Constituciones, como el caso de la República Bolivariana de Venezuela²³, obligan al contratante a someterse a los tribunales locales por razones de interés público. La Constitución Española (CE) no excluye los arbitrajes, si bien, establece especiales diferencias en materia de Derecho público (arts. 9.3º, 103.1º, 106.1º y 117.3º CE), exigiendo, en todo caso, que no se viole la tutela judicial efectiva en el marco de un litigio arbitral.

B) Descripción de otras variantes del denominado "arbitraje administrativo" y su exclusión de este estudio. Otras figuras convencionales

10. Al tratar en este estudio un tema que se refiere al Derecho internacional privado en su entrecruzamiento con el Derecho administrativo, inexcusablemente tendremos que tener en cuenta lo que este último aporta al arbitraje, dedicando a esta institución, dentro de una concepción monista, las reflexiones necesarias para lograr una comprensión cabal de la totalidad del tema y su complejidad.

Sin un examen de lo que significa el arbitraje administrativo en el Derecho público interno, difícilmente podrían aprehenderse las difi-

²² Si bien comenzó siendo una Corte para la resolución de conflictos interestatales, a partir de 1935 comenzó a resolver disputas entre particulares y Estados con el asunto *Radio Corporation of America c. China*, cuyo laudo se dictó el 13 abril 1935, consultable en: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6145>.

²³ Art. 151 de la Constitución Bolivariana de Venezuela de 24 marzo 2000: "En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras".

cultades habituales para someter al Estado a este instituto jurídico en el ámbito del Derecho internacional privado.

Propiamente hablando, el arbitraje administrativo sólo puede darse cuando en efecto existe un genuino Derecho administrativo y no mera legislación materialmente recayente sobre ámbitos propios de la Administración. Y eso exige que haya control jurídico sobre el Poder, que puede realizarse bien en forma de juicio contencioso (países de *régime administratif* francés), bien en forma de juicio ordinario (países del *common law*).

Lo anterior supone que haya a) división de poderes con clara separación de poderes y funciones, b) respeto a las minorías políticas, c) elección democrática representativa, d) derechos fundamentales, e) neutralidad de una burocracia racionalmente seleccionada y f) control político parlamentario. Es a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano²⁴, con reconocimiento de la libertad y propiedad, cuando comienza a disputarse sobre “las intemperancias del Poder sobre tales bienes”.

Como demostró Eduardo García de Enterría, el Derecho administrativo es algo creado por y desde la Revolución Francesa, ya que antes los sectores administrativos se regían individualmente cada uno de ellos por su propio fuero. Cada sector tenía su peculiar régimen singular y no existía una visión de conjunto y común, como ocurre con el arbitraje respecto de la jurisdicción. Cada prebenda tenía un fuero singular.

A partir de la promulgación de la Constitución gaditana de 1812²⁵ es cuando existe una Hacienda general y unos jueces independientes y, por tanto, hace su aparición la labor del Consejo de Estado, imitando al *Conseil d'État* francés²⁶. Éste será el órgano encargado, por fin, de sujetar la Administración al Derecho; primero lo hizo como un beneplácito o licencia que graciosamente daba el Rey (justicia retenida) y luego ya por habilitación permanente (justicia delegada)²⁷. Lo cual no obsta a que existan precedentes en Grecia y Roma, y que existieran

²⁴ Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 agosto 1789.

²⁵ Esta Constitución también disciplina el arbitraje en su art. 280: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.

²⁶ Llamado inicialmente Consejo Real.

²⁷ E. García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4. ed., Cívitas, Madrid, 1994.

ilustres formulaciones de arbitrajes para lograr por la paz lo que hasta entonces solo se solucionaba militarmente²⁸.

11. Nos referiremos aquí, exclusivamente, al ámbito pasivo del arbitraje administrativo, esto es, a la consideración de las administraciones y entidades públicas, el Estado en definitiva, como posible sujeto subordinado a arbitraje. Es decir, que un tercero (árbitro) ajeno al proceso decida sobre un conflicto en el que una parte, generalmente el demandado, es el Estado u otras personas jurídico-públicas. Es, por tanto, un arbitraje exógeno pasivo (aunque pueda ser también activo) derivado de un proceso heterocompositivo. Esto es arbitraje en sentido genuino, que se distingue de otros fenómenos que luego describimos de autocomposición o de carácter mixto con los que no se debe confundir.

Sobre esta determinación de someter a arbitraje la acción pública del Estado cuando entra en negocios internacionales se dan las tradicionales soluciones de controversias internacionales en el doble campo de los negocios internacionales y el Derecho internacional público. Es una integral que adiciona, tanto las aportaciones del arbitraje internacional comercial como el más clásico arbitraje internacional público²⁹. En todo caso conviene también distinguir y asumir que tienen su propio estatus y que, cuando el Estado y sus entes públicos deciden entrar en el campo de los negocios, es cuando no podrán impedir que efectivamente se les aplique la lógica privada. Lo que puede afirmarse, sin miedo a equivocarse, es que toda esta enorme complejidad surge del mismo dato: la resistencia del Estado (y sus administraciones y demás entes públicos) a someterse a arbitraje³⁰.

²⁸ Aunque los romanistas insisten en la existencia de fórmulas arbitrales procedentes de la *Hélade*, *vid.* A. Fernández de Buján, en su Discurso de recepción el 20 enero 2014 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*. Citamos por la edición *no venal* que obsequia directamente la *Real Academia* con ocasión de la asistencia al acto.

²⁹ Con claridad, indica J.C. Fernández Rozas, en "Internacionalismo versus...", *loc. cit.*, p. 37: "Los abogados dedicados a resolver controversias en el marco del Derecho de los negocios internacionales contemplan los arbitrajes entre Estados como algo irrelevante y hasta esotérico, mientras que los profesores, funcionarios y abogados dedicados al Derecho internacional público ven el arbitraje comercial como un proceso esencialmente alejado de sus preocupaciones y con cierta displicencia aunque sin desconocer los beneficios económicos que depara". En este mismo trabajo, el autor recuerda los más ilustres orígenes del arbitraje internacional. Seguimos este trabajo del autor, asimismo, en orden a centrar lo que entendemos propiamente por Arbitraje de Derecho administrativo.

³⁰ J.F. Merino Merchán, "La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional", *CEU Ediciones*, n.º 3, 2008, p. 10 ss.

Finalmente decir que otras figuras que han cursado su evolución paralelamente al arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo, como la transacción, apenas será examinada en el lugar correspondiente, y no lo será en absoluto la mediación, dado que expresamente, el art. 2.2º. a) Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye a las Administraciones Públicas del ámbito de aplicación de la Ley.

- a) La Administración como árbitro entre sujetos privados. Idea de procedimientos materialmente arbitrales.

12. Este supuesto de arbitraje administrativo es aquél en el que la Administración, investida de sus potestades de *imperium*, actúa como árbitro en un conflicto ajeno. Es decir, es un arbitraje entre particulares privados en el que la Administración tiene poder decisorio y vinculante para las partes. Hay varios ejemplos en la legislación sectorial (telecomunicaciones, energía, sector postal, tabacos, loterías, deporte, propiedad intelectual etc.)³¹. Sería un arbitraje exógeno para las partes, y de carácter experto, técnico, imparcial e independiente tanto funcional como orgánicamente (las administraciones decisoras tienen personalidad jurídica); el conflicto está formalizado, en estos casos,

³¹ Por ejemplo, en la legislación de telecomunicaciones si hay que arbitrar en un ATR entre el operador incumbente (Telefónica) y un tercero que pide acceso al bucle local y no llegan a un acuerdo sobre el importe del canon a pagar por esa servidumbre personal impuesta al operador principal y alguien tiene que arbitrar, como era el caso de la anterior CMT, hoy CNMC. O en energía, a la hora de fijar el ingreso de un recurso energético en el fondo o *pool* para fijar el precio diario, tenía que decidir la entonces CNE, hoy también, CNMC. Las leyes del sector de telecomunicaciones, hidrocarburos, transporte, (Las Juntas Arbitrales de Transporte), incluso en Propiedad Intelectual (“Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual”) y así en otros muchos sectores, tales como Deporte, Seguros, Ferrocarriles, etc., han previsto no pocas intervenciones “arbitrales” de las Administraciones Públicas sobre conflictos ajenos. Las competencias del Comisionado para el Mercado de Tabacos se contienen en el art. 5 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos incluyendo de nuevo “arbitrajes” y en la Normativa Tributaria hay reglas que incluyen también este tipo del “arbitraje”, especialmente en los Tratados de Doble Imposición.

A nuestro propósito interesa solamente examinar la posición del Poder Público sometido a arbitraje, en sus distintas modalidades, con especial referencia al Derecho internacional. No obstante, precisamente en el ámbito internacional, hay materias cercanas que no constituyen modalidades de arbitraje.

Así, por ejemplo, en el ámbito internacional hay instrumentos de arreglos convencionales, pero en modo alguno arbitrales, tales como los previstos en el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa con “Comisiones Consultivas” entre países y en los que cabe, además del requerimiento oficial de cada Administración, su puesta en marcha por un contribuyente singular.

entre particulares que disputan entre sí ante un tribunal arbitral administrativo. Sin embargo, el arbitrio concluye en una resolución impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los más amplios términos, por lo que al no ser definitiva su resolución, no puede considerarse arbitraje en sentido estricto, si bien se tratarían de arbitrajes especiales³².

No deja de ser una fórmula ciertamente institucional, definida en determinados sectores, con un notable procedimiento y con experiencia acumulada mediante la continua solución de asuntos sobre esa actividad; una solución material que, desde luego, constituye precedente y tiene autoridad también ante los tribunales. El problema es que no cierra la cuestión arbitrada, que lejos de clausurarse con esa decisión, va a poder ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como peculiaridad de estos tribunales arbitrales, debemos reseñar que a diferencia de los arbitrajes privados, en los que la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial se encuentra vedada, se ha discutido la posibilidad de que órganos como los aludidos planteen una cuestión prejudicial³³.

13. La noción de jurisdicción dispuesta en el art. 267 TFUE ha sido objeto de múltiples interpretaciones. El TJUE ha ido ampliando progresivamente el concepto de jurisdicción de los Estados miembros para acoplarse a una realidad social en la que diversos sectores económicos se escaparían del control del TJUE, lo que implicaría que se pudiera aplicar erróneamente el Derecho de la Unión en asuntos que afectan a las personas que participan en los negocios internacionales³⁴.

Dada la diversidad de jurisdicciones que aúnan los Estados miembros, el TJUE enumeró los diferentes elementos que deben concurrir en un órgano para que pueda conceptuarse como órgano jurisdiccional. Así, estos elementos son: el origen legal del órgano, la aplicación por éste de normas jurídicas, la obligatoriedad de su jurisdicción, la

³² L.M. Cazorla Prieto, "El arbitraje deportivo", *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero de 2013, p. 4.

³³ Ponencia ofrecida por el prof. Dr. Daniel Sarmiento el 23 junio 2014 en FIDE (Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa), a la que acudió el autor.

³⁴ M. Cienfuegos Mateo, "¿Pueden las jurisdicciones internacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia? De nuevo sobre la noción comunitaria de jurisdicción de un Estado Miembro", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 41, 2012, p. 3.

independencia, la permanencia, el respeto al principio contradictorio y su vinculación a un Estado miembro³⁵.

Ciertamente, un tribunal arbitral privado difícilmente va a cumplir con estos requisitos; algunos de ellos inflexibles como la necesaria creación por ley. Por su parte, los tribunales administrativos, como pudiera ser el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)³⁶ —hoy CNMC— o los Tribunales Económico—Administrativos³⁷, se consideran desde hace tiempo órganos jurisdiccionales a los efectos de poder plantear una cuestión prejudicial. En otros Estados miembros se ha extendido esta idea incluso a órganos consultivos³⁸ y conforman, sin duda, los precedentes más próximos de la reciente autorización a los tribunales arbitrales administrativos para plantear la cuestión prejudicial.

El TJUE ha tendido a flexibilizar algunos de estos requisitos: el que la jurisdicción sea obligatoria, la vocación de permanencia o la estrecha vinculación con un Estado Miembro. Tanto es así, que incluso se había permitido que un tribunal internacional como el Tribunal de Justicia del Benelux planteara la cuestión prejudicial³⁹, si bien la cuestión no es pacífica⁴⁰ y se ha rechazado en ulteriores ocasiones. No obstante, lo que no quedaba claro es si un tribunal arbitral administrativo, y menos aún creado ad hoc, tenía capacidad para plantear la cuestión prejudicial.

14. Este problema se ha superado mediante la admisión de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Arbitral necessário de Portugal en el asunto *Merck Canada*⁴¹, que si bien era de jurisdicción obligatoria, se extinguía al final de cada procedimiento, con lo que no se cumplía con la vocación de permanencia.

La reciente evolución del TJUE se corresponde con el crecimiento de tribunales arbitrales alternativos a la jurisdicción contenciosa. En nuestra opinión, resulta acertada esta filosofía aperturista, para no despojar a los asuntos dirimidos ante estos tribunales de una cuestión básica para la correcta aplicación del Derecho de la UE, de forma que

³⁵ STJUE 29 noviembre 2001, C-17/00, *De Coster*.

³⁶ STJUE 16 julio 1992, C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada*.

³⁷ STJUE 1 marzo 1993, C-260 y 261/93, *Diversint e Iberlacta*.

³⁸ STJUE 30 noviembre 2000, C-195-98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

³⁹ STJUE 4 noviembre 1997, C337/95, *Parfurms Dior*.

⁴⁰ STJUE 14 junio 2011, C-196/09, *Miles y otros*, en la que se inadmite la cuestión prejudicial planteada por el órgano de recursos de las Escuelas Europeas, creado ad hoc mediante un acuerdo internacional alcanzado entre los EEMM.

⁴¹ ATJUE 13 febrero 2014, C-555/13, *Merck Canada*.

no se resuelvan asuntos en los que entra en juego el Derecho comunitario cuando persisten dudas sobre la validez o interpretación de la norma aplicable, máxime cuando un laudo que no respete el acervo comunitario puede ser anulado por vulnerar el orden público⁴².

b) Alternativas de formación compuesta a los recursos administrativos, en especial la apelación a un denominado "arbitraje procedimental"

15. Se trata de un arbitraje administrativo endógeno que supone una medida alternativa a los recursos administrativos. Se encuentra previsto en el art. 107.2.º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (en adelante, Ley 30/1992)⁴³. El citado precepto se refiere a la inclusión de fórmulas compuestas semejantes al arbitraje institucional⁴⁴ y a otras

⁴² STJUE 1 junio 1999, C-126/97: *Eco-Swiss c. Benetton*, pp. 15 y 16, párrafos 35 a 37.

⁴³ Art. 107.2.º "Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley".

⁴⁴ J. Tornos Mas, "Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local", *Anuario del Gobierno Local*, nº 1, 1995, pp. 83-112; I. Granado Hijelmo, "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, enero-junio, pp. 39-56. En general, *vid.* J. Rosa Moreno, *El arbitraje Administrativo*, Madrid, McGraw - Hill, 1988, quien recuerda como ejemplos de arbitraje institucional de las Administraciones Públicas los "Jurados de Expropiación Forzosa", los antiguos "Jurados Tributarios", el "Consejo Tributario del Ayuntamiento de Barcelona", el "Tribunal Administrativo de Navarra", los "Comités de Disciplina Deportiva", además de algunos otros que a nuestro juicio resulta más dudosa calificarlos como arbitraje, tales como los "Tribunales Económico -Administrativos" que en realidad deciden según legalidad tradicional siendo quizás más *Administrative Tribunals* (fórmula anglosajona de procedimiento administrativo) que propiamente Cortes de Arbitraje. S. González -Varas Ibáñez, "Sustitución del recurso por otros medios. Los Arbitrajes (Art. 107.2 de la LEJAP-PAC)", *Tratado de Derecho administrativo*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2012.

Hubo sin embargo otros supuestos distintos que expresamente apelaban al Arbitraje *tout court* pero que en la práctica quedaron inéditos, siendo una lástima que no se potenciaron sus actividades arbitrales. Es el caso del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, regido por la Ley 16/1989, que exactamente decía en su art. 25. Competencia:

muchas figuras emparentadas con el arbitraje, tales como: otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación o mediación.

A diferencia del supuesto anterior, aquí no se trata de dirimir un conflicto o controversia entre dos particulares, sino que lo que se pretende resolver es una reclamación típica de un administrado frente a la Administración, sólo que en vez de acudir a la tradicional vía del recurso habitual de alzada y reposición, este artículo permite que las leyes, en atención a la especialidad de la materia, utilicen esta fórmula de sustitución del recurso jerárquico, apelando a órganos independientes y expertos.

Aunque de nuevo, cabe decir, aparece la variante de que la Administración, con este procedimiento, se limita a poner fin a la vía administrativa (art. 109.b Ley 30/1992); abriéndose a continuación la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción contenciosa. Con lo cual, queda dicho que ese "arbitraje", arroja un carácter mixto: pasivo para la Administración recurrida, pero activo para la Administración juzgadora.

En realidad, pues, se trataría de resoluciones provisionales más autorizadas de lo habitual; pero que no resuelven definitivamente al no tener la última palabra sobre el particular. Y, decididamente, puede recurrirse esa decisión arbitral, ya que aunque como indica Trayter⁴⁵, tiene algo de fraude acudir a un arbitraje y luego desconocerlo incluso en cuanto al fondo, nada dice en contra ni la Ley 30/1992 ni la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

16. Así, la Sentencia de 22 marzo 1991 dictada por el Pleno del TC declaraba la inconstitucionalidad de varios artículos contenidos en diferentes normas debido a que autorizaban recurrir el laudo arbitral

"Compete al Tribunal: a) Resolver los asuntos que tiene atribuidos por esta Ley; b) Interesar la instrucción de expedientes del Servicio de Defensa de la Competencia; c) Autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el art. 1, en los supuestos y con los requisitos previstos en el art. 3; d) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes."

En el Derecho extranjero, desde la decisión del Tribunal Supremo norteamericano en *Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, 473 US 614 (1985), se ha estimado que cabe someter a arbitraje las controversias que contienen aspectos de Derecho de la competencia. Y en la STJUE 1 junio 1999, *C-126/97: Eco-Swiss c. Benetton*, se estimó anulable el caso de laudos que contravengan normas comunitarias de competencia por vulnerar el orden público comunitario.

⁴⁵ J. M. Trayter Jiménez, "El arbitraje de Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997, pp. 75-106.

tanto en la forma como en el fondo⁴⁶. Pero no olvidemos que, a diferencia del supuesto resuelto en la Sentencia del TC, aquí no nos encontramos en vía procesal. No olvidemos tampoco que además del arbitraje, y sin preferencia alguna por éste, el numeral 107.2º de la Ley 30/1992, se refiere a otras muchas figuras más o menos análogas y las decisiones que se adopten serán igualmente recurribles.

La posibilidad de recurso la habilita el propio art. 109. b) de la misma Ley, que se limita a decir que estos procedimientos del art. 107.2º ponen fin a la vía administrativa (que es precisamente el requisito para luego poder impugnar en la vía contenciosa). Se nos hubiera antojado más adecuado que se hubiera establecido que el resultado de esa decisión arbitral no pudiera combatirse en cuanto al fondo, y solamente pudiera impugnarse por los clásicos supuestos formales contenidos en el art. 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante "LA"), lo que sería más útil para aliviar el sistema judicial y dotaría a dichos procedimientos de la eficacia que ahora se les niega.

c) El denominado "arbitraje institucional": un supuesto endógeno de solución de límites de competencias y atribuciones interna corporis en las administraciones

17. La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA, contiene desde luego aspectos de reforma importantes y de interés, conteniendo una peculiar –y en realidad no arbitral– fórmula de composición de intereses organizativos de la Administración Pública, que conviene excluir desde el principio de la idea misma de arbitraje.

⁴⁶ La meritada Sentencia, cuya referencia jurídica es RTC 1991\62, indicaba a estos efectos: "Sin embargo, no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, F.J. 9 b, es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del art. 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre (RCL 1988\2430 y RCL 1989\1783), de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del art. 31 de la Ley gallega como el Art. 6 del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal. Por conexión con los anteriores, devienen igualmente inconstitucionales el inciso impugnado del art. 7 y la totalidad del párrafo segundo del art. 8.1º del mismo Decreto".

En efecto, siguiendo esta línea endógena vista en el anterior epígrafe, se creó un, así llamado, "arbitraje institucional", mediante la Disposición adicional única de la citada Ley⁴⁷, por la que se resuelven las controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. A juicio de Merino Merchán, al que nos sumamos, no es en modo alguno un supuesto de arbitraje, sino de organización interna administrativa⁴⁸. Son sistemas "intestinos" que actúan interna corporis en el seno de las Administraciones para resolver atribuciones y competencias; pero en modo alguno constituye ningún supuesto de arbitraje.

d) Un supuesto de efectiva aceptación del arbitraje internacional en normas administrativas

18. En el caso singular de Loterías, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, nº 313 y 3 de 31 diciembre 2003 y 3 enero 2004) permite completamente un supuesto de arbitraje internacional, indicando:

"Sección 5.ª Gestión en materia de loterías y apuestas del Estado.

Art. 70. *Comercialización de juegos de titularidad estatal fuera del territorio nacional.*

Los juegos de titularidad estatal podrán comercializarse fuera del territorio nacional en las condiciones que se determinen por el Ministro de Hacienda.

En los convenios o contratos que celebre la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado o entidades participadas por ésta para el cumplimiento de sus fines, con entidades extranjeras, cuyo objeto guarde relación con la participación de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado en sorteos comunes con otras Loterías de Estado, con la celebración en el extranjero de sorteos de juegos cuya gestión tenga encomendada y en general con la comercialización de dichos juegos fuera del territorio nacional, podrán incorporarse cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas de arbitraje⁴⁹.

⁴⁷ En realidad esta norma resume todo un conjunto de reglas y prácticas, racionalizando el, cada vez más complejo, esquema administrativo y debería inspirar a muchas Comunidades Autónomas.

⁴⁸ J.F. Merino Merchán, "Comentarios a la Ley 11/2011 de 20 mayo reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje", *Noticias Jurídicas*, julio, 2011, quien indica: "Se comprenderá, a la vista de lo expuesto, que no estamos ante un auténtico arbitraje, sino ante una simple comisión de resolución de conflictos que viene a sustituir al recurso de alzada impropio, en el que los conflictos entre órganos sometidos al ministerio de tutela, son resueltos por el superior jerárquico. En cualquier caso, este nuevo sistema de resolución de conflictos, además de quedar aplazada su aplicación hasta la publicación del correspondiente reglamento, carece de utilidad práctica para los ciudadanos."

⁴⁹ Énfasis nuestro.

Este supuesto sí se configura como un caso típico de aceptación plena de arbitraje internacional de una entidad pública del Estado. Una verdadera excepción que demuestra la necesidad de que las empresas públicas estatales que habitualmente contratan en el extranjero se adecúen a fórmulas que excluyan la jurisdicción local extranjera, con lo que entendemos que se ha quedado corta la regulación de este precepto. Conviene enfatizar que es el Estado el que se muestra escéptico de la jurisdicción extranjera cuando admite que se supediten al arbitraje las posibles controversias que se suscitaran fuera del territorio nacional.

Hay que tener en cuenta que Loterías y Apuestas del Estado es una entidad pública empresarial que gira en el tráfico jurídico con naturaleza privada pero de titularidad pública y en gran medida privatizable (Real Decreto—ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo), como se demuestra, además, del intento frustrado de sacar a Bolsa el 30% de la capitalización de la compañía en el año 2011⁵⁰.

C) Hacia un cambio en la representación y defensa del Estado en el arbitraje internacional y nacional. La creación de una unidad de arbitraje en la Abogacía del Estado. Breve referencia al TCE.

19. A propósito de las reclamaciones ante las Cortes de arbitraje internacionales por infracción del TCE, con ocasión de los cambios legislativos retroactivos en materia de energías renovables⁵¹, el Ministerio de Justicia ha creado una unidad especial dentro de la Abogacía General del Estado para defender al Reino de España en arbitrajes internacionales tras las múltiples demandas que ha recibido como consecuencia de los cambios legislativos en materia energética. En efecto, no cabe duda de que la presentación de diferentes demandas en materia de inversión repercute con carácter global al resto de las inversiones que empresas o particulares extranjeros realizan dentro del territorio nacional y, singularmente, a las inversiones que pudieran efectuarse ad futurum en materia energética. En la última legislatura las demandas relacionadas con este sector se han multiplicado hasta acumular veintisiete demandas a la fecha de la elaboración de

⁵⁰ Según comentó su entonces Presidente, Aurelio Martínez en junio de 2011.

⁵¹ S. González—Varas Ibáñez, "Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico—administrativo, el ejemplo de la energía (energía renovable, instalaciones fotovoltaicas)", *Diario La Ley* [LA LEY 4893/2014].

este estudio, que sitúan a España a la cabeza de esa deshonrosa clasificación.

La base para la creación de esta unidad se encuentra en el Real Decreto 997/2003 de 25 de julio, por el que se regula el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, que les atribuye funciones en el orden extra procesal y que complementa la tradicional asignación de competencias que ya tenía la Abogacía del Estado mediante la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

20. De la defensa de los referidos procedimientos se encargará la Subdirección General de los Servicios Contenciosos y a su frente existe un "Abogado del Estado Coordinador". Esto demuestra la responsabilidad que está asumiendo la Administración en la defensa de los intereses estatales en el extranjero. La creación de esta unidad no se hace de forma caprichosa sino por la elevada preparación de los abogados que se van a encargar de la defensa del Reino de España, aunque no cabe duda de que es conveniente procurarse el asesoramiento de alguno de los prestigiosos árbitros internacionales españoles más acostumbrados a lidiar en estas disputas. En los últimos años se ha producido un crecimiento de los contenciosos internacionales en los que España encargaba la defensa de forma principal a bufetes extranjeros que defendían los intereses nacionales ante conflictos internacionales como el *Prestige*⁵² o los tesoros de galeones hundidos en las costas de Florida⁵³, con resultados dispares⁵⁴.

En el ámbito interno ya veíamos que el Tribunal Supremo había rechazado las peticiones realizadas por los inversores nacionales, vetados a acudir a un arbitraje internacional en virtud del art. 17 TCE. Idéntico pronunciamiento ha articulado el Pleno del Tribunal Constitucional con el voto particular separado aunque no disidente de tres magistrados que estando de acuerdo con el fallo no coincidieron en los razonamientos jurídicos desplegados. El 17 diciembre 2015 el Pleno del Tribunal Constitucional dictó Sentencia en el recurso de

⁵² SAP A Coruña 1ª 13 noviembre 2013 y Sentencia del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de Nueva York de 29 agosto 2012. Si bien en EE UU los intereses del Reino de España fueron defendidos por el bufete americano *Squire, Sanders & Dempsey*.

⁵³ La empresa Odyssey Marine Exploration encontró el tesoro de la fragata Nuestra Señora de los Mercedes y España recuperó el botín de 500.000 monedas y un equivalente a 17.000 kilos de oro y plata tras el rechazo de las alegaciones presentadas por Odyssey ante la Corte Suprema de EE UU en la decisión adoptada por dicha Corte el 31 enero 2012. España fue defendida por el bufete *Covington & Burling*.

⁵⁴ A. Fernández Pérez, "Los contenciosos arbitrales...", *loc. cit.*, p. 391.

inconstitucionalidad nº 5347/2013. En síntesis, el recurso se planteó por la Comunidad Autónoma de Murcia contra varios preceptos del Real Decreto—ley 9/2013 (en adelante, RDL), por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, por infracción de los arts. 9.1º, 9.3º y 86.1º de la Constitución Española.

En la Sentencia se razona que el principio de seguridad jurídica se debe entender como la previsibilidad de la aplicación del Derecho y que en el presente caso, la norma discutida es clara y cuenta con un contenido y efectos nítidamente determinados. Asimismo, destaca que el principio de confianza legítima no imposibilita realizar cambios legislativos puesto que esto obligaría a la inmutabilidad de las normas y que el cambio regulatorio no es inesperado puesto que “la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo.” Finalizando con que por estas razones no puede entenderse imprevisible para un “operador económico prudente y diligente” la modificación del régimen retributivo.

En cuanto a la retroactividad, el Pleno determina que la irretroactividad no existe cuando afecta a un derecho condicionado o futuro –retroactividad impropia– sino cuando afecta a un derecho consolidado y que se concede un amplio margen al legislador en los casos de retroactividad impropia para evitar la petrificación del ordenamiento jurídico, dado que son relaciones jurídicas inacabadas.

Presumiblemente los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional serán evocados por la Abogacía del Estado en defensa de los intereses del Reino de España. Por el momento no ha finalizado ninguno de los 22 de procedimientos y lo único que han resuelto los árbitros es la imposibilidad de discutir como cuestión previa el conflicto de jurisdicción.

II. El arbitraje de las Administraciones Públicas: elemento sospechoso ante el poder público

1. De la prohibición inicial total y su evolución posterior.

Desde hace ahora 162 años, iniciados con el Decreto de Bravo Murillo de 1852, hasta nuestros días, se había mantenido, con alguna reciente suavidad teórica, la prohibición para el Estado y toda su galaxia

administrativa de someterse a arbitraje⁵⁵. Tras tan largo camino para sujetar el Poder⁵⁶, lo que no estaba dispuesto el Estado era a someterse a arbitraje.

Con anterioridad, y mientras todavía se ventilaban en el siglo XIX las cuestiones ante el Consejo Real, se advirtió en la primera regulación sobre los contratos públicos (Decreto de Bravo Murillo de 1852) que no se someterían a arbitraje, cuando ésta es, resueltamente, una materia especialmente apta para el arbitraje—⁵⁷.

Casi sesenta años después, la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 julio 1911, en su art. 7, dulcificó algo la prohibición, al permitir que mediante una ley se admitiera el sometimiento a arbitraje, siguiendo la estela de la Ley publicada el 25 junio 1870, que sustituía a la de 20 febrero 1850. Y arribando ya, transcurrido otro medio siglo largo, a la Ley de Patrimonio del Estado de 15 abril 1964, se da un ligero paso más en suavizar la exigencia, dado

⁵⁵ El arbitraje ya se encontraba presente en las propias Partidas de Alfonso X “el Sabio” (Partida III, Título 4, Ley 1), cuya definición no dista mucho de nuestro entendimiento como árbitros: “hay aún otros que son llamados en latín árbitros, que muestran tanto como juzgadores de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes.” No obstante, no se encuentra ninguna referencia al arbitraje en Derecho público.

En la Constitución de 1812 también se acepta el arbitraje en el ámbito civil. Art. 280: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.

⁵⁶ En España, abandonando la “jurisdicción retenida” del Consejo Real, se pasó a la jurisdicción ordinaria en La ley Santa María de Paredes de 13 septiembre 1888 que instauró un sistema mixto (mezcla de jueces y funcionarios del ya denominado Consejo de Estado) y finalmente se aceptó sólo a los Jueces con la Ley Maura de 5 abril 1904 la cual privó al Consejo de Estado de las funciones judiciales, que se trasladaron a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

⁵⁷ *Gaceta de Madrid*, sábado 2 octubre 1852: “Por el Ministerio de Hacienda se ha comunicado a este Gobierno de provincia con fecha 15 del actual la Real orden siguiente: Por la Presidencia del Consejo de Ministros se dice: este Ministerio con fecha 27 de Febrero último lo siguiente:

Excmo. Sr.: La Reina (Q. D. G.) se ha servido expedir el Real Decreto que sigue. — Tomando en consideración lo que de acuerdo con el Consejo de Ministros me ha propuesto el Presidente, vengo en decretar lo siguiente:... De Real orden lo comunico á V. E. para su inteligencia y efectos correspondientes. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 27 febrero 1852. —Juan Bravo Murillo. —Sr. Ministro de Hacienda. (Nótese de paso como entre promulgación y publicación existía un trecho temporal muy amplio a determinar en cada caso según la Provincia a la que alcanzaba la Orden).

“Art. 12. Ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso—administrativa que señalan las leyes vigentes”.

que el art. 41 exigía ley para someter a arbitraje, pero solamente decreto para transigir en sus arts. 39 a 41⁵⁸.

Los antecedentes del arbitraje administrativo español tienen sus orígenes en el Derecho francés, razón por la cual nos detenemos brevemente a analizar la evolución de la inmunidad de jurisdicción en dicho Estado. Tradicionalmente y desde el Code Napoléon (código civil francés de 21 marzo 1804), el arbitraje estaba proscrito en los asuntos concernientes al Estado, lo que alcanzó incluso a la transacción⁵⁹. No ha de extrañar, pues, que si no se permite la libre transacción a las entidades de Derecho público, mucho menos se les va a permitir el compromiso que lleva aparejado el sometimiento a una cláusula arbitral⁶⁰. El art. 2060 Cc se reformó en 1972 permitiendo que los EPIC⁶¹ pudieran someterse a arbitraje mediante la suscripción de una cláusula compromisoria. Naturalmente, fue una mera modificación del Code civil y por tanto pensada para el arbitraje interno. Se omite toda referencia sobre el arbitraje internacional, esto es, sobre el supuesto en que una entidad pública francesa pueda someterse a un arbitraje sometido al Derecho internacional. El arbitraje internacional estaba, pues, huérfano de regulación concreta a pesar de algunas Sentencias que suavizaron esa prohibición teórica de imposibilidad de comprometerse en arbitraje⁶².

La jurisprudencia *Galakis*, según la cual el arbitraje era apto siempre que la *lex contractus* así lo permitiera, avanzó hacia el pleno re-

⁵⁸ Art. 39. "No se podrán gravar los bienes o derechos del Patrimonio del Estado sino con los requisitos exigidos para su enajenación. Art. 40. Tampoco se podrán hacer transacciones respecto de dichos bienes o derechos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Economía y Hacienda, con audiencia del Consejo de Estado en Pleno." Art. 41. "Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales, hará falta una Ley que lo autorice."

⁵⁹ Article 2045 Code Civil: "Les établissements publics de l'État ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre".

⁶⁰ Titre XVI: Du compromis. Article 2060: "On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public."

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre."

⁶¹ Establecimientos Públicos Industriales y Comerciales.

⁶² No obstante, los tribunales civiles habían suavizado la prohibición de someterse a arbitraje remitiéndose a la *lex contractus* como vehículo que solventara esta cuestión en el *Arrêt San Carlo* de 14 abril 1964 de la *Cour de Cassation* y la superación posterior con el *Arrêt Galakis* de 2 mayo 1966 en el que la *Cour de Cassation* confirmó la validez de la cláusula compromisoria.

conocimiento de la cláusula arbitral incluso aunque fuera un Derecho extranjero el que tuviera una cláusula de salvaguardia similar a la francesa. En efecto, la cuestión que se planteaba, consistía en saber si a partir de dicha Sentencia *Galakis*, si bien el Estado francés no podría invocar su inmunidad jurisdiccional cuando firmara un contrato internacional, podría hacerlo otro Estado. La cuestión fue resuelta de forma idéntica indicando que aunque un Estado tuviera esa imposibilidad de someterse a arbitraje respecto de él mismo y sus personas jurídicas, subjetivamente, no habría ninguna oposición a aplicarle un arbitraje internacional. Así lo resolvió la *Cour d'Appel* de París el 17 diciembre 1991, en el asunto *Gatoil*, rechazando que una sociedad panameña utilizara paradójicamente el Derecho iraní para anular la sumisión a la cláusula de arbitraje que había firmado dicha sociedad con una compañía Iraní.

Esta supremacía del marco internacional era la regla aceptada por los tribunales civiles franceses (*Cour d'Appel* y *Cour de Cassation*). Sin embargo, los tribunales del orden contencioso (*Conseil d'État*) no llegan a idéntica conclusión. En resumen, la jurisprudencia civil, paulatinamente ha ido cercenando los privilegios del Estado y sus entes públicos⁶³. Pero no es ésta, exactamente, la posición de la jurisprudencia contencioso-administrativa, mucho más sensible a la protección del orden público y de lo que viene entendiendo como "interés general"⁶⁴.

Al igual que en España, en Francia, prototipo de país de régimen administratif puede darse un conflicto entre la jurisdicción y la administración, entre jueces y órganos administrativos. Algo inconcebible en los países del common law donde no existe jurisdicción contencioso-administrativa porque no existe un acto administrativo ejecutivo que se imponga forzosamente que solamente después se pueda discutir ante una jurisdicción especializada. Si la Administración es desobedecida tiene la necesidad de impetrar el auxilio judicial; pero la Administración no puede plantear ningún conflicto a los Jueces, cuyo

⁶³ Es más, incluso la jurisdicción civil acepta en los *Arrêt Ganz*, de 29 marzo 1991, de la *Cour d'Appel* de París y en el *Arrêt Labinal*, también de *Cour d'Appel* de París, de 19 mayo 1993, que sea el árbitro internacional quien deba decidir sobre su propia competencia. Es decir, una aceptación plena del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

⁶⁴ En el asunto *Eurodisney* de 6 marzo 1986, el *Conseil d'État* entendió que la cláusula compromisoria de arbitraje entre la compañía Walt Disney y la Administración para la realización de las obras del famoso parque temático no podía circunvalar la imperativa jurisdicción contencioso-administrativa francesa, ya que todo el Derecho administrativo francés, decía el *Conseil d'État*, era de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pese a que claramente afectaba al comercio internacional.

imperio se impone por igual a ciudadanos (*subjects*) y a los poderes públicos. Y tampoco puede existir siquiera un mero conflicto de atribuciones entre dos jurisdicciones –civil y contenciosa– porque por definición esta última no existe y es solamente el juez natural (*Judge of the Land*) el que decide⁶⁵.

Pero en nuestros sistemas, sin duda puede ocurrir que un tema sea disputado entre administración y jueces o entre los propios jueces, por las dudas que pudieran surgir de si corresponde al orden civil o al orden contencioso. Para resolver estos conflictos de competencia, en Francia existe un *Tribunal des Conflits*. Pues bien, uno de los últimos asaltos al bastión de la inmunidad del Estado y sus entes públicos frente al arbitraje, ha sido resuelto, favorablemente al arbitraje sobre personas de Derecho público, gracias a una importante decisión del *Tribunal des Conflits* que constituye un hito en la jurisprudencia francesa sobre la arbitrabilidad de los actos del poder público. El asunto INSERM⁶⁶ fue resuelto definitivamente por el *Tribunal des Conflits* el 17 mayo 2010 y se indica por el *Tribunal des Conflits*, que: “el cuestionamiento de un laudo arbitral rendido en Francia sobre la base de un convenio arbitral contenido en un contrato entre una entidad pública francesa de Derecho público y una compañía extranjera que ha sido ejecutado en territorio francés y que afecta a los intereses del comercio internacional, tiene que ser atribuido a la Corte de Apelación (civil) del lugar en que se dictó el laudo, de conformidad con el art. 1505 del Código de Procedimiento Civil incluso si el contrato se considera administrativo de acuerdo con el derecho interno francés”. Sin embargo, desnaturalizó esta decisión con una serie de excepciones que añadió seguidamente, en virtud de las cuales estableció que la situación sería diferente para el caso en el que sean de aplicación normas imperativas de Derecho público francés.

Desde nuestra perspectiva, concebimos que debe exigirse en todo caso responsabilidad a la persona que suscriba un convenio arbitral comprometiendo a una entidad pública que carecía de capacidad para someterse a arbitraje, máxime si esta cuestión se discute una vez rendido un laudo desfavorable, cuestión que se resolverá conforme a Derecho público. En cambio, en caso de que haya comprometido a una entidad pública una persona que carece de poder para ello, se dirimi-

⁶⁵ A.T. Von Mehren, *Law in the United States. A General and Comparative view*, Boston, Kluwer, 1988, pp. 3 y ss.

⁶⁶ M. Laazouzi, “L’impérativité, l’arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 99, n° 4, 2010, pp. 653–688.

rá la problemática de la capacidad descendiendo al terreno de lo privado con observancia de los poderes otorgados a la persona que ratificó el convenio arbitral. Conociendo nuestros precedentes más inmediatos, podemos avanzar en la posibilidad de que las empresas públicas españolas y el Estado queden sometidos a arbitraje.

I) Características de las normas reguladoras de la posibilidad de sometimiento a arbitraje por los entes públicos: si como hemos visto en el Decreto Bravo Murillo, la prohibición era absoluta y no había ni excepción por ley, luego en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 julio 1911 se permitió el arbitraje si una Ley lo autorizaba. Se origina ahí, precisamente, el concepto de “Ley singular”, unido al de “Ley Formal”, porque se trataba en definitiva de una “Ley de Autorización” (*Ermächtigungsgesetz*) para un caso concreto y excepcional. Era, por tanto, una ley que no tenía contenido material, sino el meramente formal o figurativo de incluir una habilitación al ejecutivo para contratar.

La Ley que se dictaría *ad hoc* para permitir comprometer en arbitraje, completaría así, la capacidad de la Administración. Sin embargo, la práctica no acompañó a esta idea, que quedó inédita; no se conocen casos de leyes de autorización para comprometer en árbitros. Por tanto, la posibilidad del Estado de comprometerse en arbitraje resultó utópica.

Nótese que se exige, de una parte, ley, esto es, una de las más altas expresiones normativas y, de otra, que deban tratarse de bienes patrimoniales —esto es sujetos al tráfico jurídico ordinario— y no demaniales, esto es, bienes objeto de una protección especial que los hace intransferibles al estar dedicados a un bien o servicio público⁶⁷.

II) Alguna apertura excepcional de la jurisprudencia civil. Jurisprudencia de interés sobre el art. 41 de la Ley de Patrimonio del Estado y concordantes de su Reglamento: este art. 41 fue objeto de una conocida Sentencia que tuvo lugar con ocasión de la expropiación por

⁶⁷ No es el momento de describir tales bienes demaniales. Baste recordar que, además de los bienes demaniales por naturaleza, tales como las playas o ríos, hay múltiples tipos de bienes que sí pueden quedar sujetos a posible arbitraje; por ejemplo precios de plazas de aparcamientos para residentes —que son demaniales— en caso de dejar de residir, que alguna vez se ha planteado si se puede incluir para resolver temas como este en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión demanial de otorgamiento por treinta años de la plaza (que luego puede quedar previsto que se desafecte, pase a ser bien patrimonial y se venda el resto por el importe no amortizado al particular concesionario de la plaza).

RD—Ley del grupo Rumasa⁶⁸, en concreto, Hispano—Alemana de Construcciones que había pasado, según el Abogado del Estado, a formar parte de las sociedades públicas estatales y por tanto aunque existía una cláusula previa de compromiso arbitral, el representante de la Administración entendía que desde la entrada en vigor del Decreto—Ley (que fue el mismo día de su publicación) no cabía someter a arbitraje ninguna cuestión referida a esta empresa ni a ninguna de aquél grupo.

Observemos, también, que es la Sala de lo Civil (no la de lo Contencioso—Administrativo) la que da una solución favorable al arbitraje sobre una empresa que, ope legis había pasado a ser empresa pública. Y, además, en un arbitraje de equidad, lo que resulta una joya de orfebrería arbitral en materia de Derecho público.

Esta solución correcta, tenía su apoyo tanto en normas de derecho transitorio como en un juego de remisiones legislativas muy apropiadamente utilizadas. En efecto, admite que pro futuro se aplique en su integridad la Ley de Patrimonio del Estado, con inclusión de su art. 41 que, como hemos visto, exige nada menos que una ley singular de autorización para comprometer en arbitraje.

Por otro lado, dado que esa compañía, Hispano—Alemana de Construcciones, era una mera empresa privada hasta el momento de la expropiación legislativa, la Sentencia hace un excelente juego normativo, utilizando como fulcro el art. 106 de la misma Ley de Patrimonio del Estado para admitir el sometimiento a arbitraje.

Así, a través de diferentes remisiones⁶⁹ y con una decidida aplicación de las normas de reenvío, permite incluso con esa penuria de

⁶⁸ Real Decreto—ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras Sociedades que componen el grupo “Rumasa, S. A.”.

⁶⁹ A través del art. 91 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 diciembre 1958, se realiza una apertura genérica al compromiso arbitral por la vía del citado artículo, que indicaba:

“Art. 91. “Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público se regirán por las normas de derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este Título y disposiciones especiales aplicables a las mismas.”

E, inteligentemente, asimismo, como norma de refuerzo, se refería la Sentencia a lo establecido, entonces, por la Ley General Presupuestaria de 4 enero 1977, cuando indicaba: “Artículo seis. Uno. Son sociedades estatales a los efectos de esta Ley: a) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos autónomos, y b) las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por

materiales normativos alcanzar el propósito de distinguir entre lo que es el *iure gestio* y el *iure imperii* y lograr así, de manera semejante a como hacen otros cualificados jueces comparados, que el Estado se circunscriba para lo que efectivamente es: una institución de soberanía, pero sin utilizar su inmunidad al modo de las viejas regalías.

2. *Justificación constitucional del arbitraje administrativo*

A) Relación de la Constitución con los tratados internacionales

Como hemos observado con anterioridad (*supra*, nº 4), según doctrina reiterada del TC, el arbitraje supone un equivalente jurisdiccional: el arbitrado no ve menoscabado el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por acudir a un arbitraje en lugar de a la jurisdicción ordinaria. Si bien estas Sentencias se referían a arbitrajes entre particulares privados, no cabe duda de que si supone un equivalente jurisdiccional en dicha materia, desde luego cabría extenderla a materia administrativa.

Sin embargo, no ha resultado fácil avanzar en el encaje del arbitraje de Derecho público dentro de la Constitución Española. Una concepción prístina de los arts. 103, 106 y 117 CE fue interpretada como una imposición del sometimiento de la actividad administrativa al principio de legalidad, con una preceptiva fiscalización ulterior por los tribunales de lo contencioso para dirimir los conflictos, situación que se predicaba parecida en algunos países de nuestro entorno más cercano⁷⁰ y que debilitaba la posición del arbitraje administrativo. Así, se ha discutido por cierto sector doctrinal la validez constitucional, incluso, de los arbitrajes en los que es la Administración la que dirime los conflictos inter privados⁷¹ por la posible vulneración del art. 117.1º CE que atribuye la competencia de juzgar a los tribunales, defendiendo que será constitucional el meritado arbitraje siempre que se permita una revisión por parte de los tribunales tanto del fondo del asunto como de la forma.

Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado. Dos. Las Sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley".

⁷⁰ A. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Cometa, S.A., Zaragoza, 2000, pp. 175–197, en la que se analiza la superación constitucional del arbitraje administrativo en Alemania, Francia, Italia y España, concluyendo en la similitud que presentaba la aceptación del arbitraje administrativo en Italia con España y de Francia con Alemania.

⁷¹ A. Huergo Lora, *La resolución...*, *op. cit.*, pp. 266 y 267.

Como llevamos defendiendo a lo largo del presente estudio, el arbitraje sobre Derecho público debe ser válido siempre que trate sobre: a) en el caso de entidades públicas industriales y comerciales, toda vez que se les deberá aplicar las normas propias de su giro o tráfico, que es el privado; b) en el caso en el que queden afectados derechos patrimoniales del administrado; y c) en el caso del Estado, respetar los tratados que le obliguen a sujetarse a arbitraje y los contratos internacionales en los que actúa como un particular más, actos que deben extenderse al resto de organismos públicos.

En cuanto a lo que afecta al Estado, se deben distinguir aquellos casos en los que el Estado o un organismo público haya suscrito un convenio arbitral que pueda derivar en un arbitraje internacional, de aquellos supuestos en los que sea un tratado el que permita a un particular demandar al Estado —que por extensión puede quedar comprometido por otro ente público⁷²— ante un tribunal arbitral. Por tanto, siempre que en un tratado, como sucede, por ejemplo, en el TCE, se permita optar por la vía arbitral, no se puede prohibir esta vía aunque afecte a materias relacionadas con el Estado y su potestad reglamentaria, que deberá discutirse ante un tribunal arbitral internacional y es, por tanto, un arbitraje unilateral (*supra* párrafo 1).

El principio de buena fe y *pacta sunt servanda* vienen contemplados en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (en lo sucesivo, CVDT), de tal forma que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para incumplir un tratado; los tratados tienen, por tanto, un rango superior al de las leyes.

Esta jerarquía no alcanza a la CE de conformidad con el art. 95 CE (con la excepción del TUE y del TFUE⁷³ dada la necesidad de aplicar de manera uniforme el Derecho comunitario, donde no se termina de aclarar la disyuntiva que podría originarse en caso de una colisión entre el Derecho de la UE y la CE)⁷⁴. Es cierto que siempre cabe una cesión de competencias por el cauce del art. 93 CE y que en caso de colisión entre ambas normativas que no afecte a derechos y libertades

⁷² *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB18 Las Rozas, S.L. c. Reino de España*. CIADI No. ARB/12/17 a la que España se encuentra demandado por un Plan Urbanístico aprobado por el Ayuntamiento de las Rozas que afectaba a la sociedad venezolana demandante.

⁷³ R. Alonso García, *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2014, pp. 179–194.

⁷⁴ STJUE 26 febrero 2013, C–399/11, *Melloni*.

fundamentales⁷⁵ podrían corregirse los excesos del Derecho comunitario e incorporarse al ordenamiento jurídico interno.

Por otro lado, en el caso de que no se remediara las incursiones del Derecho comunitario por los cauces constitucionalmente previstos y se incorporaran al ordenamiento jurídico interno disposiciones europeas contrarias a la CE, la supremacía de la CE como expresa voluntad de la soberanía del pueblo español impediría que el Derecho europeo desplegara sus efectos. Aunque debemos advertir que por ahora este escenario no se ha dado y dio lugar a tres votos particulares en la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa emitida al amparo de lo dispuesto en el art. 78 LOTC. Por otro lado, tampoco podemos olvidar que el TJUE ha promulgado la superioridad del acervo comunitario sobre el Derecho interno de los Estados, incluido el constitucional⁷⁶.

Los tratados internacionales ocupan una posición intermedia entre la norma fundamental y las leyes. Por tanto, se permite un control previo de constitucionalidad del tratado e incluso un control posterior, como dispone el art. 27.2º LO 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. En cualquier caso, lo que resulta indispensable es que el Tribunal Constitucional clausure la doctrina que versa sobre "el control abstracto de legalidad" de normas con rango legal y permita la revisión de constitucionalidad de normas que pudieran ser contrarias a la CE aún en el caso de que no se hubieran aplicado a un asunto en concreto para que una vez incorporadas no existan dudas de su compatibilidad con la Carta Magna.

Se pretende asumir un doble compromiso: en primer lugar, el de garantizar el respeto a la CE y, en segundo lugar, el de no perturbar el orden internacional mediante la violación de un tratado internacional previamente pactado, por ser contrario a la CE⁷⁷. Por tanto, el tratado internacional queda impedido en tanto no se reforme la norma suprema o se renegocie el tratado de forma que sea compatible con la CE. En este punto, cabe recordar que la CE fue reformada en dos ocasiones, ambas para cumplir con prescripciones comunitarias. La pri-

⁷⁵ STC 64/1991, de 22 marzo 1991 y 58/2004 de 19 abril 2004.

⁷⁶ STJCE 15 julio 1964, as. C-6/64: *Costa c. Enel*.

⁷⁷ Exposición realizada por el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/1992 de 1 de julio sobre el Tratado de la Unión Europea y en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

mera en relación con los votos municipales⁷⁸ y la segunda para garantizar la estabilidad presupuestaria⁷⁹.

Ante esta postura, debemos observar la posibilidad de que en virtud de un tratado se haya abierto un procedimiento arbitral cuyo objeto afecte a una materia constitucional. En estos supuestos, no parece de recibo que un Estado acuda al arbitraje sin examinar la posible incompatibilidad de la materia arbitrada. En estos casos, la opción más plausible es la de plantear la posible constitucionalidad del tratado con anterioridad a resolver el conflicto. Así se evita que se pueda dictar un laudo que vulnere una norma jerárquicamente superior y, por ende, no sea reconocido ni ejecutable. Los propios árbitros serán, los que en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* resuelvan el conflicto de jurisdicción que se plantee durante el proceso arbitral. En Derecho comparado encontramos algunos ejemplos:

En el caso resuelto por la Sentencia de la Sala Plena de Colombia de 23 abril 2002 (C-294/02), se discutía la constitucionalidad del AP-PRI suscrito entre Chile y Colombia el 22 enero año 2000. La Sala resolvió señalando que “el arreglo directo y el arbitramento son mecanismos civilizados de dar solución en forma pacífica y pronta a los conflictos que se presentan entre las partes contratantes, en la aplicación, interpretación, desarrollo y ejecución del instrumento internacional que es objeto de revisión”⁸⁰.

De idéntica forma se pronunció el Tribunal Constitucional de Bolivia en Sentencia de 10 mayo 2006, en la que se solventa, de forma favorable al arbitraje, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el diputado W.B. Magne Hinojosa frente a la Ley Ratificatoria 1593 —entre otras muchas—, de 12 agosto 1994, de adhesión de Bolivia al Convenio de Washington por ser contraria al art. 135 Constitución Política del Estado Bolivariano, que establecía que todas las empresas sitas en territorio boliviano se considerarían nacionales bolivianos y estarían sometidos a las leyes y autoridades de la República⁸¹.

⁷⁸ La primera reforma constitucional la sufrió el art. 13.2° CE al que se añadió “y pasivo” referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales para cumplir con el art. 8.b del TUE. La reforma se sancionó el 27 agosto 1992.

⁷⁹ La segunda reforma la sufrió el art. 135 CE para garantizar que el déficit presupuestario no superara el límite impuesto por el orden comunitario. Se promulgó el 27 septiembre 2011.

⁸⁰ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...*, *op. cit.*, p. 410.

⁸¹ Si bien, no podemos dejar de mencionar que Bolivia se retiró del CIADI el 2 mayo 2007, debido a la decisión tomada por el canciller de la República, David Choquehuanca,

En cambio, no todo son elogios para los tribunales protectores de las constituciones. Así, Argentina mantiene que al ser los tratados internacionales de un orden jerárquico inferior a la Constitución, las Sentencias dictadas al amparo de un tratado deben ser sometidas a un control de validez posterior⁸². Es el caso de José Cartellone, que había celebrado un contrato de obra pública con Hidronor en el que se previó la sumisión a juicio arbitral por las controversias que surgieran entre las partes previo paso por la fase administrativa. Asimismo, pactaron, ex ante la imposibilidad de recurrir el laudo que recayera en el proceso. La Corte Suprema de Justicia argentina, en Sentencia de 1 junio 2004, sostuvo que la renuncia a la reclamación del laudo no era aceptable cuando se discutiera una materia que afectara al orden público y constitucional y terminó por revocar el laudo.

Como podemos observar, las resoluciones son cambiantes según el albur territorial donde se ventile la controversia. Ciertamente el control constitucional previo al sometimiento a arbitraje parece ser la solución más digna: si se declara que no es posible someter la controversia a arbitraje por vulnerar la Constitución, la controversia deberá quedar sujeta a los tribunales locales. Si los árbitros optan porque continúe la controversia, dicho laudo podrá ser sometido a un control posterior, sin perjuicio de que se deba responder, en todo caso, por el hecho de haber suscrito un convenio arbitral inválido. Sin embargo, si la cuestión de la inarbitrabilidad de la controversia es discutida posteriormente, una vez conocido el resultado del laudo, los tribunales locales deberán apartarse del conocimiento de esa disputa, y, ante todo, deberían exigirse responsabilidades al Estado por ser una cuestión de preceptivo alegato previo como es la capacidad de someter una determinada materia a arbitramento.

En efecto, no es de recibo que un particular e incluso un Estado acuda libremente a un procedimiento arbitral y espere a conocer la decisión del tribunal arbitral para acometer la anulación del laudo por motivos que podía conocer previamente. En este sentido, el art. 6 LA⁸³, establece la necesidad de denunciar la infracción de algún moti-

que justificó la medida por considerar que el organismo no es equilibrado en sus decisiones.

⁸² Lo que sucedió en el conocido caso *Cartellone*, si bien, la referencia al orden público se exige ser demostrada de forma enérgica bajo pena de rechazo como sucedió en la Sentencia de 8 agosto 2007 dictada por la Sala D de la Cámara Comercial en la que se discutía sobre un recurso de queja interpuesto por la parte perdedora de un laudo dictado por la CCI.

⁸³ Art. 6. *Renuncia tácita a las facultades de impugnación*. Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbi-

vo de impugnación en cuanto éste sea conocido por las partes, so pena de renuncia tácita de la impugnación. Esto mismo se ha recogido en el art. 3 del Reglamento de Arbitraje de la CIMA. Más difícil se antoja la aplicación estricta de estos artículos en el ámbito internacional cuando una de las partes impugnantes pueda ser el Estado o las Administraciones Públicas.

Otra opción posible, aunque desde luego no exenta de controversia, sería el control judicial previo. Esto podría hacer temblar uno de los pilares sobre los que se asienta el arbitraje moderno: el principio del *kompetenz-kompetenz*. Sin embargo, no debe ser descartado sin una reflexión concienzuda. En caso de un control judicial previo en asuntos en los que se discuta la competencia de los árbitros se puede evitar que tras un largo y costoso procedimiento arbitral se declare la nulidad del laudo. Ciertamente esta opción sería válida sólo para supuestos en los que el laudo fuera ejecutable en un único Estado que reclamara la competencia de sus tribunales. En cualquier otro caso, habida cuenta de la posibilidad de ejecutar un laudo en más de un Estado e incluso la potencial ejecución de un laudo declarado nulo, la decisión no depende de un único Estado y la competencia de los árbitros debería continuar siendo resuelta por ellos mismos.

B) La técnica de la delegación legal recepticia del arbitraje como apertura a la figura. Primacía del Parlamento sobre la Administración. Las materias disponibles e indisponibles.

a) Delegación recepticia de la cláusula arbitral

Como venimos diciendo, a pesar del reconocimiento genérico del arbitraje, existe una serie amplia de barreras normativas fundada en una malentendida tradición que, sumadas a los enormes privilegios de las administraciones, hacen que éstas tengan poco deseo de someterse a un fuero distinto del contencioso nacional. Pero insistamos en que efectivamente existe desde hace tiempo esa posible utilización del arbitraje, porque este equivalente jurisdiccional permite satisfacer la tutela judicial efectiva. Entonces, si hay delegación legal, como hemos visto que hacen diversas leyes, es evidente que el propio legislador, que también interpreta y ejecuta la Constitución, ha admitido plenamente su aceptación. Es el Parlamento el que ha querido, siguiendo

tral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley”

una tradición legal de escasa aplicación, que el Estado pueda someterse a arbitraje, por lo que no habría obstáculo constitucional para impedir su aplicación.

En este punto incluimos el arbitraje de equidad, que sería útil en la determinación de ámbitos discrecionales, a veces muy ligados con la técnica, la economía, donde puede introducirse racionalidad gracias a expertos cualificados que no tienen por qué formar parte de la Administración. Pensemos en el cálculo técnico de indemnizaciones y reparaciones, donde no basta con que los peritos aporten sus, normalmente, muy dispares y distantes informes.

b) Las materias susceptibles de arbitraje administrativo en general

No todas las materias que afecten al Derecho público pueden ser sometidas a un arbitraje. De forma sintética, se pueden apreciar ciertos lugares comunes a todas ellas, respondiendo al carácter de materias disponibles para el arbitraje en Derecho administrativo las siguientes⁸⁴: a) materias en las que la Administración actúa sujeta al Derecho privado; b) actividad convencional de la Administración o cuando ésta contrata con un tercero; c) litigios que versen sobre reclamación de cantidad (expropiación forzosa, responsabilidad administrativa, etc.); d) ámbitos propios para el desarrollo de la discrecionalidad administrativa; e) cuestiones relativas al patrimonio de las Administraciones Públicas –bienes patrimoniales, no demaniales–; y f) materias objeto de negociación colectiva en el ámbito del empleo público.

En cambio, resultarían indisponibles para la institución arbitral en el Derecho administrativo: a) los conflictos en los que existe una pluralidad indeterminada de interesados; b) los litigios derivados del ejercicio de la acción pública o en aquellas materias en las que ésta se halle prevista; c) los litigios derivados del ejercicio de potestades públicas regladas de ejercicio unilateral; d) los conflictos competenciales de carácter interadministrativo; y e) la impugnación directa de reglamentos.

Esta lista, elaborada por Escartín Escudé, ofrece variantes cuando se enfrenta al Derecho internacional y únicamente sería válida para el

⁸⁴ V. Escartín Escudé, "El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº^{os} 39–40, Zaragoza, 2012, pp. 101–163.

ámbito interno. Así, la potestad reglamentaria puede ser objeto de un arbitraje internacional y también cabría arbitraje cuando así lo hubiera previsto una norma de habilitación. Pero hay que enfatizar que aunque se consienta que el Estado y sus entes públicos puedan someterse a arbitraje internacional cuando se dirimen cuestiones de índole privado, hay límites que no se pueden traspasar. Por ejemplo, someter a arbitraje sobre bienes que constituyan demanio público; las costas y playas o los cuadros del Museo del Prado, entre otras, jamás podrán quedar sometidos a un arbitraje⁸⁵. No obstante, sí cabría arbitraje si el asunto se limita a dirimir arbitrariamente en Derecho internacional sobre el período de tiempo de una concesión de una instalación (por ejemplo un club marítimo) por una empresa extranjera sobre una playa u otro lugar de la costa marítima ya que la cuestión de orden público aparece de modo meramente instrumental.

Pero hemos seguir, tras este breve excursus, analizando las dificultades del proceso de consolidación del arbitraje, para así tener cabal idea de lo compleja que es la tarea de construir una legislación como la que proponemos, complejidad que se acentúa cuando concierne al Derecho internacional.

Desde el punto de vista de los contratos suscritos por el Estado u otros organismos públicos, cabe detenerse en la situación en que se haya suscrito un contrato que afecte a las precitadas materias. Así, como afirma F. González de Cossío⁸⁶, “mientras que en los contratos civiles las partes pueden pactar todo lo que esté permitido, en los contratos administrativos las partes pueden pactar sólo lo que esté permitido”. Como hemos hecho referencia con anterioridad (*supra* párrafo 23), en los sistemas de *common law*, el término “contratos” abarcaría ambas materias. No cabe duda de que los contratos en los que una de las partes es el Estado u otro organismo público, entra en juego el interés general en lugar del interés particular que prima en los contratos privados, por lo que no puede resultar extraño las reservas existentes en cuanto a la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que puedan suscitarse con un inversionista extranjero, de la misma forma que el inversionista extranjero no quiere dejar que la decisión sea resuelta ante la jurisdicción local.

⁸⁵ A. Gallego Anabitarte, “Los cuadros del Museo del Prado (I) Reflexiones histórico y dogmático-jurídicas con ocasión del art. 132 (y 133.1) de la Constitución española de 1978”, *Administración y Constitución: Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, Presidencia del Gobierno, 1982.

⁸⁶ F. González de Cossío, “Arbitraje y contratación...”, *loc. cit.*, pp. 125 ss.

De esta forma, encontramos que el art. 24 LOPJ⁸⁷ establece un foro exorbitante mediante el cual quedan sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa española las disposiciones de carácter general, los actos de las Administraciones Públicas españolas y los Poderes Públicos españoles. Sin embargo, al gozar los tratados internacionales de un rango superior a la LOPJ, no cabe duda de que si éstos constriñen al Estado a acudir a un arbitraje internacional, éste no podrá invocar disposiciones internas para alterar ese compromiso internacional.

En cambio, los supuestos de sometimiento a arbitraje mediante una cláusula incorporada a un contrato suscrito por un ente público con uno privado, pueden suscitar mayores problemas por la posible falta de reconocimiento y ejecución en el Estado suscriptor de forma posterior a la rendición del laudo. En Derecho comparado, tenemos casos ilustres en los que una vez dictado el laudo de condena millonaria al organismo público, éste ha hecho valer ex post la acción de anulación. Así, en el asunto *COMMISA c. PEMEX*⁸⁸, por el que se había rescindido un contrato de obra pública en el que existía una cláusula arbitral, se condenó a PEMEX al abono de 300 millones de dólares por dicha rescisión unilateral. Finalmente la jurisdicción contenciosa mejicana anuló el laudo por entender que se había resuelto sobre materias no arbitrables (actos de autoridad) y ser contrario al orden público (norma imperativa de Derecho público). Es un claro ejemplo de que no toda norma imperativa supone una vulneración del orden público. En realidad, más que cuestionar los fundamentos del laudo, se discute la validez del convenio arbitral por el que las partes decidieron someterse a arbitraje⁸⁹.

Este tipo de resoluciones proteccionistas tristemente abundan en el panorama internacional, lo que provoca incredulidad en el sistema. Así, en este caso, Commisa acaba con un laudo muy favorable que simplemente le sirve para enmarcar y guardar en un cajón (paradigma del vencedor-vencido). Es más, finalmente la pérdida de Commi-

⁸⁷ 24 LOPJ: En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes Públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

⁸⁸ *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. c. Pemex Exploración y Producción*, laudo CCI n° 13.613.

⁸⁹ H. Wöss, "El orden público, Derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad den contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)", *Spain Arbitration Review*, n° 14, 2013, p.3.

sa debido a los costes legales del arbitraje y de las acciones de anulación surgidas en Méjico no tuvieron siquiera restitución. Por esta razón, afirmamos la necesidad de crear un mecanismo de sanción mediante el cual, el Estado o el organismo público correspondiente indemnice a la otra parte aunque el laudo sea anulado con posterioridad por razones de orden público, siempre que estos motivos no hubieren sido alegados durante el proceso arbitral. Ciertamente, analizando este tipo de resoluciones, cabe pensar si no sería útil tener una resolución previa de un órgano jurisdiccional que declarase la validez del convenio arbitral para evitar que se dictara un laudo y posteriormente no se reconociera, con los perjuicios añadidos que acarrea al vencedor.

Los contratos formalizados por la Administración no pueden ser considerados de orden público per se, máxime cuando afecten a la esfera privada de las relaciones comerciales con los particulares. Son, en todo caso, las actuaciones previas⁹⁰ a la elección del contrato lo que pueden constituir actos de *iure imperii*. Estos actos sólo podrán quedar sujetos al arbitraje si unilateralmente la Administración incorpora un convenio arbitral que goce de la habilitación o autorización legal pertinente.

c) Algunas posibles peculiaridades y límites

Cuando es directamente el Estado el que resulta sometido a arbitraje (no ya las entidades públicas industriales y comerciales), aparecen ciertos límites que debe ponderar el árbitro, debido a la aparición en escena del interés general.

Conviene resaltar también que el árbitro designado directamente por las partes o por una institución, ha de ser experto, comprender bien las instituciones del Derecho internacional y del Derecho administrativo, su jurisprudencia y doctrina, ya que de otra forma, se plantearían inmediatos conflictos de legalidad administrativa que aparejarían el descrédito de la institución arbitral y del arbitraje administrativo internacional. Y como acierta José Carlos Fernández Rozas⁹¹: "esta modalidad del proceso arbitral debe descansar, además, en el principio de transparencia e incluso el de publicidad, pues tratándose de temas que involucran el manejo de fondos o recursos públicos, la

⁹⁰ Los actos separables serían las actuaciones previas como la composición de la Mesa o formalidades del procedimiento, que no son actos arbitrables.

⁹¹ J.C Fernández Rozas, "Internacionalismo...", *loc. cit.*, p. 50

privacidad o la reserva propia del arbitraje privado, resultan, por lo menos, discutibles”.

Para el particular, además, el arbitraje ha de ser voluntario, de ahí que se entienda bien la declaración de inconstitucionalidad contenido en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, en el que se declara inconstitucional el mecanismo de arbitraje obligatorio ante las Juntas Arbitrales que regulaba el art. 38 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres por vulneración de los arts. 24 y 117 de la CE. En Derecho comparado encontramos similitudes en Italia, donde la Corte Costituzionale también ha determinado la nulidad de las normas que promovían arbitrajes obligatorios, cuestión que fue criticada por algunos autores⁹². La exposición realizada justifica simplemente la utilidad de contar con una “Ley de Arbitraje Administrativo Internacional y Nacional”, que tenga bien presente lo que es la Administración Pública para así poder facilitar y hacer eficaz el correspondiente laudo, enumerando las materias que podrían quedar sujetas a arbitraje. En cuanto a los arbitrajes obligatorios, compartimos la posición del TC, dado que la única validez que podrían tener en caso de mantenerse la obligatoriedad en el arbitraje sería su posterior ratificación y aceptación por las partes, lo que resulta absurdo en comparación con acordar esta forma de resolver el conflicto ex ante.

3. Orden público como límite constitucional

El orden público carece de una definición legal que facilite la correcta comprensión de su significado. Su regulación en el art. 41.1º.f) LA suscitó cierta inquietud desde su promulgación, dada la imprecisión del término, que se vio paliada por la extensa jurisprudencia que delimitó el concepto de orden público⁹³. Así, la regulación de “orden público” a efectos internos viene contenida en numerosas normas civiles o penales, habitualmente acompañadas de la ley, la moral o similar. En lo que concierne al ámbito internacional, la aplicación de ley extranjera será posible en el ámbito interno siempre que no contraríe el orden público⁹⁴.

⁹² G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1989, p.79

⁹³ J.F. Merino Merchán y J.C. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2014, p.765.

⁹⁴ J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Orden público como correctivo funcional: art. 12, apartado 3 del código civil”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Co-*

A pesar de no contar con una definición originaria de orden público debido a la dificultad de concretar este concepto, nos aventuramos a definir este causal de anulación como: el control del laudo ante la posible vulneración de las normas morales más elementales y los Derechos y Libertades fundamentales. De esta forma, se puede superar la tradicional dicotomía académica dedicada a separar el orden público in procedendo del orden público in iudicando. En el caso de España, desde luego, nos referimos a aquellos Derechos y Libertades fundamentales recogidos en la CE; sin embargo, evitamos referirnos a ellos en este momento, porque será el Derecho interno de cada Estado el que deba recoger los Derechos y Libertades fundamentales en el cuerpo normativo que entiendan conveniente y que no tendrá por qué coincidir con la norma suprema.

Confluyen al menos tres nociones de orden público: (i) el orden público interno; (ii) el orden público internacional; y (iii) el orden público transnacional⁹⁵. El primero de ellos dependerá de la regulación de cada Estado. Estará compuesto por todas aquellas normas de orden público, imperativas o de policía reguladas internamente, y su capacidad de provocar la anulación de un laudo arbitral internacional será escasa⁹⁶; el segundo, por su parte, se refiere a conceptos de orden público interno que afectan al Derecho internacional⁹⁷. Por tanto, comprende los Derechos y Libertades fundamentales de los ciudadanos y, a pesar de formar parte del ámbito interno de los Estados, su aplicación es mucho más restrictiva por su capacidad anulatoria; por último, respecto al orden público transnacional o universal, se refiere a supranormas éticas relacionadas con el comercio internacional⁹⁸ y que deben ser respetadas por los árbitros en todo caso aunque fueran contrarias a la *lex contractus*. Estas normas comprenderían asuntos tan variopintos como el Derecho de la competencia, la corrupción,

mentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. 2, vol. I, Jaén, Edersa, 1995, pp. 826–894.

⁹⁵ M. Gonzalo Quiroga, *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje internacional*, tesis doctoral presentada en la UCM bajo la dirección del prof. Dr., J.C. Fernández Rozas, p. 104.

⁹⁶ Laudo CCI nº 1939 de 1971, nota de J. F. Merino Merchán en “La lucha contra las...”, *loc. cit.*, p. 21.

⁹⁷ En el asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. c. Société Générale de l’Industrie du Papier*, se declaró que en EE UU el orden público internacional era aquél que afectaba a las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado, *vid.* en G. Jiménez Blanco, “El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010, p. 86. Estas nociones no tienen por qué coincidir con la de otros países.

⁹⁸ M. Gonzalo Quiroga, *Las normas imperativas...*, *op. cit.*, p. 130.

bienes del patrimonio histórico⁹⁹ o el tráfico de drogas¹⁰⁰ y que se entenderían como *international public policy*. Este último concepto queda envuelto en una cierta nebulosa al no estar aceptado por toda la doctrina, habiendo sido institucionalizado a través de diferentes decisiones internacionales. Sin embargo, no siempre resulta fácil dilucidar qué normas conformen el *international public policy* como quedó reflejado en el asunto *Hilmarton*¹⁰¹.

El orden público se ha confundido en varias ocasiones con otros causales de anulación del laudo como que la materia no fuera arbitrable¹⁰², como acabamos de indicar, o con haber resuelto cuestiones no sometidas a su decisión¹⁰³. Tanto es así, que en ocasiones se ha entendido que los árbitros no tienen capacidad de resolver sobre controversias a las que se les deba aplicar normas de orden público; cuando lo que deben hacer los árbitros, precisamente, es aplicar las normas de orden público correspondientes para evitar que se pueda proceder a la nulidad del laudo¹⁰⁴. De esta manera, los árbitros quedan compelidos a la aplicación apropiada del orden público.

Existen dos posturas doctrinales en cuanto a si es posible el control judicial por la aplicación errónea del orden público o si basta con que los árbitros hayan observado las normas de orden público pertinentes aunque su aplicación no haya sido acertada¹⁰⁵. Ciertamente nos posicionamos a favor de la tesis maximalista que propone que el juez nacional debe velar tanto porque se hayan observado las normas de orden público pertinente, como de que se hayan aplicado correctamente. Otra cosa sería que se entrara a resolver sobre las investigaciones realizadas por el tribunal arbitral para dilucidar tanto que las normas de orden público hubieren sido fielmente aplicadas, como que la indagación realizada por el tribunal arbitral para ver si se cumplió con

⁹⁹ M. Gonzalo Quiroga, *Las normas imperativas...*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁰ J. C. Rivera, "el orden público en el arbitraje", *Revista latinoamericana de Derecho*, n° 9/10, 2008, p. 274.

¹⁰¹ *Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, se inició con el laudo CCI 5622/1988, en el que el árbitro único decidió que el contrato era nulo por vulnerar la prohibición de intermediación dispuesta en la ley argelina que afectaba al orden público argelino. El laudo se anuló en Suiza debido a que la intermediación estaba permitida conforme a la ley suiza pactada por las partes, y además no suponía una violación de *international public policy*.

¹⁰² SAP Alicante 8ª 21 mayo 2008 [JUR 2011\87204].

¹⁰³ Causal de anulación diferente establecida en el CNY art V.1º.c) y en la LA, art. 41 c).

¹⁰⁴ J.C. Rivera, "El orden público...", *loc. cit.*, p. 267.

¹⁰⁵ *Thales c. Euromissile*, Sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* de 18 noviembre 2004.

el orden público fue la adecuada¹⁰⁶. Es decir, la exégesis del árbitro siempre va a quedar a salvo de control judicial. De otro modo, de seguir la jurisprudencia *Thàles*, paradigmática de la tendencia minimalista, los jueces no custodiarían el orden público, sino que simplemente comprobarían que el árbitro hubiera tomado en consideración las normas de orden público aunque se hubieran aplicado erróneamente. En definitiva, dependerá de la legislación aplicable al procedimiento si se permite un escrutinio amplio, limitado, o simplemente no permita el control sobre el laudo¹⁰⁷.

La definición de orden público internacional que hemos ofrecido es la que grosso modo han ido recogiendo los tribunales en las diferentes resoluciones que han dictado ante las acciones de anulación presentadas frente a laudos internacionales¹⁰⁸. Esta formulación del concepto de orden público no existía en la LA/1953, con lo que cualquier vulneración de una norma imperativa suponía la infracción del orden público¹⁰⁹. Tras la promulgación de la LA de 1988, que sí incluía el concepto de orden público como motivo de anulación del laudo, pere-

¹⁰⁶ B.M. Cremades y D.J.A. Cairns, "Orden público transnacional en el arbitraje internacional (cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable)", *Diario La Ley*, nº 5798, nº de junio, 2003, en el que analizan el caso CCI *Westacre vs. Jugoimport* en el que el demandado alegó que no había procedido al pago de los honorarios correspondientes a la consultora demandante porque ésta había cometido actos de cohecho y corrupción y, una vez dictado el laudo por el que condenaban a Jugoimport al pago de las cantidades debidas, se trató la ejecución en Inglaterra, donde hubo opiniones disidentes de los jueces en cuanto a si se debía analizar la investigación realizada por el Tribunal arbitral para rechazar la existencia de cohecho o, por el contrario, si bastaba con examinar que el Tribunal había aplicado correctamente las normas de orden público correspondientes. Finalmente se determinó que el delito de cohecho había sido rechazado por el Tribunal arbitral.

¹⁰⁷ M. Virgós Soriano, "Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958", *Diario La Ley*, nº 6679, 2007 [LA LEY 1210/2007].

¹⁰⁸ La STC de 15 abril 1986 [RTC 1986\43] se pronuncia con carácter propedéutico al respecto, indicando que desde la entrada en vigor de la CE, debe existir una nueva visión del orden público: Antes de la entrada en vigor de la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 954) y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 CE.

¹⁰⁹ STS 3ª 12 diciembre 1981 [RJ 1981\4797].

ció el viejo concepto de orden público como infracción de las normas jurídicas aplicables¹¹⁰.

El concepto de orden público se ha mantenido, como no podía ser de otra manera, en la actual LA, si bien hubo intentos de definir tan abstracto término mediante una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en el que se pretendía limitar el orden público a: “que el laudo hubiere sido dictado fuera de plazo o con infracción de normas imperativas o constitucionales”¹¹¹. En nuestra opinión, la noción de orden público debe quedar a la autoridad de los jueces y árbitros, y no concretarse en una serie de actos o disposiciones, sino que tiene que ser objeto de una armonización casuística evolutiva. Así, el orden público es mutable y esa es la razón a la que obedece que no se enumeren los motivos taxativos que podrían suponer una vulneración de orden público.

Asimismo, respecto al hecho de que se pueda emitir un laudo fuera del plazo acordado por las partes, difícilmente podría sostenerse que se ha vulnerado el orden público; sería más conveniente hacer responsable al tribunal arbitral de haber emitido el laudo fuera de plazo salvo que hubiere justificación para tal retraso, pero no dotar a dicho laudo de la ineficacia más absoluta. Aunque existen posturas doctrinales contrarias al respecto¹¹² que —no compartimos— y posturas jurisprudenciales contradictorias¹¹³, debido, probablemente, a la inclusión de dicho motivo como causa de anulación autónoma en el art. 45.3º LA/1988.

¹¹⁰ J.F. Merino Merchán y J.C. Chillón Medina, *Tratado...*, *op. cit.*, p.767.

¹¹¹ S. Barona Vilar, “De la anulación y la revisión del laudo”, en *Comentarios ...*, *op. cit.*, p. 1.740.

¹¹² *Ibid.*, sostiene, en la nota 80 a pie de página, que “como hemos venido sosteniendo reiteradamente, dictar un laudo fuera de plazo implica que el laudo no existe, por la pérdida de la potestad arbitral atribuida por las partes.” No podemos estar menos de acuerdo con esta afirmación. En primer lugar, porque un asunto puede necesitar un plazo superior al fijado por las partes debido a que su complejidad se advierte con posterioridad al inicio del arbitraje. En segundo lugar, porque si se defiende que un laudo arbitral es un equivalente jurisdiccional, siendo coherentes debería entenderse que una sentencia dictada fuera del plazo de un mes establecido en el art. 434.1º LEC, también debería entenderse inexistente, y, tristemente, lo habitual es que se resuelva fuera de dicho plazo. Y, en tercer lugar, porque esa “inexistencia” deberían pactarla expresamente las partes o denunciarla previamente al conocimiento del fallo en lugar de esperar a ver si el laudo no nos ha resultado favorable.

¹¹³ La SAP Cantabria 8 abril 2005 [AC 2005/490] descarta que dictar un laudo fuera de plazo suponga la nulidad de éste y, en cambio, la SAP as Palmas 3ª 13 febrero 2007 [JUR 2007/153383] afirma lo contrario.

En cuanto a las normas imperativas, éstas quedaron excluidas tanto de la LA como del CNY de 1958¹¹⁴, en cuyo art. V.2º.b) se hace referencia al orden público como causal de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero sin hacer mención alguna a las normas imperativas, entendidas éstas como normas respetadas en procedimientos internos, a diferencia de las normas de policía, que constituirían límites en supuestos internacionales¹¹⁵. A mayor abundamiento, provocaría que toda infracción de norma imperativa supusiera una infracción del orden público, conceptos que no deben confundirse¹¹⁶.

Existen supuestos en los que no se han respetado normas imperativas de la *lex contractus* sin que ello suponga una nulidad del laudo, así como otras veces en las que se han respetado las normas imperativas de terceros Estados vinculados con el supuesto¹¹⁷. La materia queda, pues, a la decisión del tribunal arbitral. De esta forma, los árbitros se encuentran únicamente compelidos a aplicar las normas de international public policy. En cuanto a las normas de orden público interno del lugar donde se vaya a ejecutar el laudo, resulta práctico tenerlas en cuenta para evitar posibles interferencias judiciales posteriores. Si bien ya hay voces partidarias de suprimir la aplicación del orden público interno¹¹⁸, recordemos que se trata de una causa de anulación que puede ser revisada de oficio, con aplicación de la ley del Estado donde se quiere proceder a ejecutar el laudo¹¹⁹, cuyos jueces podrán reconocer o denegar la ejecución de un laudo en dicho país¹²⁰.

Por estas razones, no tiene mucho sentido no aplicar las normas de orden público que puedan devenir en la ineficacia posterior del laudo arbitral en el lugar de ejecución. Aunque esto es matizable dado que

¹¹⁴ Incorporado por referencia a nuestro ordenamiento jurídico mediante la disposición 46 LA.

¹¹⁵ A. Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado y Derecho de las relaciones internacionales privadas*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 277 y 278.

¹¹⁶ S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, p. 1.747

¹¹⁷ P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, pp. 1526 y ss, en J.C. Rivera, "El orden público...", *loc. cit.*, p. 275.

¹¹⁸ M. Gonzalo Quiroga, *Las normas imperativas...*, *op. cit.*, p. 107, donde señala que "si los Estados quieren beneficiarse de las ventajas del arbitraje internacional adaptadas a su vez a las inversiones y transacciones comerciales internacionales, es lógico que el orden público que ponga límite al mercado, y a la resolución de controversias en el mismo, sea también un orden público internacional."

¹¹⁹ M. Virgós Soriano "Arbitraje comercial internacional..." *loc. cit.*

¹²⁰ F. Mantilla-Serrano, "Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 2, julio-diciembre.2009, pp. 15-40.

se mantendrá incólume la posibilidad de ejecutar el laudo en otro país¹²¹, lo que puede dar lugar a ejecutar un laudo anulado previamente, lo que nos parece una solución atípica y desde luego no exenta de controversia¹²². Sin embargo, se entiende que el laudo es res iudicata y que la posterior decisión que adopte un tribunal nacional no absorbe al laudo que sigue siendo ejecutable en otra jurisdicción.

La posible anulación de un laudo por afectar al orden público ha sido severamente criticada por la posibilidad de que los laudos arbitrales sean revisados nuevamente por la jurisdicción ordinaria de la que quisieron escapar las partes al formalizar el convenio arbitral. Así, pues, los jueces nacionales deberán ser perspicaces a la hora de anular un laudo por quebrantar el orden público para que no se convierta en una fuente de excusas para la revisión del fondo. Los casos más típicos de orden público en el mandato interno serían: el clásico de vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad – orden público in procedendo—¹²³, falta de observación del litisconsorcio pasivo necesario¹²⁴, aportación de pruebas¹²⁵, motivación del laudo¹²⁶, litispendencia¹²⁷, cosa juzgada¹²⁸ y otras de ámbito material como contratos relativos a consumidores¹²⁹.

Analizando brevemente estos motivos, no cabe duda de que aquellos que afectan a la defensa de las partes en el procedimiento se podrán considerar quebranto del orden público; pero con matices. Así,

¹²¹ J.C. Fernández Rozas y R. Arenas García, y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013, p. 712.

¹²² *Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Sentencia de la *Cour de Cassation* dictada el 23 marzo 1994, en el que ejecutó en Francia un laudo anulado en previamente ante los Tribunal suizos o *Chromalloy Aeroservices, Inc c. Egipto*, Sentencia de la *Cour d'Appel de Paris*, de 14 enero 1997.

¹²³ Siempre que no sea provocado por la propia persona al no comparecer adecuadamente en el procedimiento o no intervenir y solicitar que se le notifique en un idioma que comprenda o cualquier otra conducta que vaya en su voluntario perjuicio. G. Jiménez Blanco, "El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros", *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010, p. 86.

¹²⁴ De nuevo encontramos jurisprudencia contradictoria: en contra se pronuncia la SAP Madrid 18ª 13 febrero 2008 [JUR 2008\122646] y en cambio, en la STS 1ª 17 abril 2008 [RJ 2008\4070], se señala que el litisconsorcio pasivo necesario es una cuestión de orden público. Aunque en este caso no se trataba de un arbitraje.

¹²⁵ STSJ Cantabria C-P 30 enero 2013 [JUR 2012\203730], por denegar la práctica de una prueba pericial sin motivar dicho rechazo.

¹²⁶ STSJ Andalucía C-P 8 enero de 2013 [AC 2013\1706]. Si bien son casos muy excepcionales.

¹²⁷ ATS 1 diciembre 1998.

¹²⁸ ATS 7 octubre 2003.

¹²⁹ SAP Barcelona 15ª 13 diciembre de 2006 [AC 2006\1943].

la falta de observación de los principios de audiencia, contradicción e igualdad o del litisconsorcio pasivo necesario, no parecen plantear problema alguno en cuanto a que afectan al orden público. Sin embargo, en cuanto a la aportación de pruebas, los árbitros tienen potestad para rechazar las pruebas que aporten las partes¹³⁰, facultad que también se atribuye a los jueces, y únicamente podrá provocar la nulidad del laudo por razones de orden público en supuestos muy específicos en los que se viole el art. 24.2º CE que dispone que “todos tienen Derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Este precepto no abarca aquellos supuestos claros de pruebas obtenidas ilícitamente ni aquellos otros en los que la prueba se entienda innecesaria o reiterativa, entre otros muchos. En cuanto a la motivación del laudo, se encuentra estrechamente vinculado con el art. 120.3º CE que indica que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”, pero desde luego, no toda la falta de motivación se puede convertir en una vulneración del orden público. Es más, en caso de falta de motivación, el laudo debería volver a redactarse en lugar de anularse para no provocar efectos de cosa juzgada, cuya falta de observación sí provoca una vulneración del orden público.

Por último, en cuanto a la invariabilidad de las resoluciones, nos encontramos con posturas contradictorias¹³¹. Sin embargo, desde una postura reflexiva y práctica, podemos afirmar que no debe ser un motivo suficiente para provocar la nulidad del orden público. Así, al no ser recurrible el laudo arbitral salvo pacto en contrario, esta fórmula, habilitada mediante el art. 39 LA, permite corregir posibles errores que precisamente podrían provocar la nulidad del laudo por haberse pronunciado los árbitros sobre motivos no sometidos a su decisión, o haber concedido más de lo pedido por las partes u otros motivos tasados. Nótese como el art. 39 LA se refiere a la “corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo”, mientras que su homónimo en la LEC, institucionalizado mediante los numerales 214 y 215 se refieren a “Aclaración y corrección” y “Subsanación y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos” respectivamente¹³².

¹³⁰ Siempre con cierta rigurosidad para no incurrir en la violación del art. 24.2º CE.

¹³¹ S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, p. 1.759, defiende que por el principio de invariabilidad de las Sentencias, la aclaración no puede servir para modificar el laudo.

¹³² Es más, incluso en la jurisdicción ordinaria, aunque escasos, hay ejemplos de variaciones de resoluciones mediante la articulación de la aclaración o complemento de Sentencia como en el Auto de 23 febrero 2012 de la Sección 9ª de la AP de Valencia por la que

Si el legislador ha otorgado a los árbitros la facultad de subsanar la extralimitación del laudo, es precisamente porque la decisión de los árbitros no es recurrible, y mediante la emisión del laudo complementario se puede evitar acudir al auxilio judicial.

IV. Significativos avances provenientes del derecho internacional privado y comunitario

1. Normas y asuntos

A) Riesgos asumidos por el inversionista extranjero y cláusulas de disminución del riesgo

En el ámbito del Derecho internacional, prácticamente se produciría la obsolescencia de una norma que intentara oponerse a una cláusula de sometimiento a arbitraje si la ha rubricado la propia Administración Pública¹³³. En el caso de sociedades públicas, organismos y demás entidades públicas que debidamente autorizadas se hayan comprometido en arbitraje, desde luego no podrán desconocer lo que han suscrito, aunque sigue siendo claramente una de las causales de anulación más socorridas por los Estados ante un laudo adverso¹³⁴. El Estado, al ratificar un convenio arbitral, no cede su soberanía, sino que negocia sobre ella para poder concluir ciertas negociaciones¹³⁵. De todas formas resulta una utilidad práctica que se contenga una renuncia expresa a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

Así pues, primará la norma internacional de respeto al pacto, costumbre o a un uso comercial consolidado y, en todo caso, si el propio Estado firma un acuerdo sometándose a arbitraje, o bien lo hace ya de acuerdo con el paraguas de un tratado que se lo permite, pretender desvincularse de dicha cláusula repugna a los principios del tráfico jurídico internacional¹³⁶. Efectivamente, no hay en Derecho interna-

se termina condenando al demandado al pago de una cantidad de la que se le había absuelto mediante Sentencia dictada por dicha Audiencia el 31 enero 2012 o el conocido Auto de 25 febrero 2014 dictado por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao.

¹³³ Recordemos que existen muy diferentes posibilidades de formular el convenio arbitral. Cf. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., Thomson–Reuters Civitas, Navarra, 2011, p. 974.

¹³⁴ J.C. Fernández Rozas, "Internacionalismo versus...", *loc. cit.*, p. 54.

¹³⁵ B. M. Cremades, "Los Estados y las empresas Públicas en su condición de socios en el Comercio Internacional", *Diario La Ley*, 1.985, p. 1.076.

¹³⁶ ATS 17 junio 1983 [RJ 1983\6736], que refiriéndose al intento de anular un laudo, señala: "puede ser muestra como ya se dijo en el Auto 11 febrero 1981 de la unilateral y

cional incapacidad alguna para que el Estado suscriba cláusulas de arbitraje, aparte de que son varias las legislaciones, como la suiza¹³⁷, que expresamente así lo indican, lo que ha tenido reflejo en diferentes decisiones internacionales¹³⁸.

La Convención de Nueva York (en adelante, CNY), remite en su art. V.1º.a) a cada legislación estatal la competencia para comprometerse en arbitraje, si bien, como hemos analizado, la doctrina más autorizada entiende que los actos de *iure gestio* son perfectamente arbitrables, posición confirmada por el Convenio de Ginebra de 1961¹³⁹ y que no fue limitada por España a la hora de ratificarlo.

Una práctica útil cuando los Estados se someten a arbitraje, suele consistir en utilizarse el remedio de remitirse a la legislación de un tercer país, para evitar los cambios regulatorios que el país huésped que pueda verse tentado de realizar, perjudicando el contrato sujeto a arbitraje. Y en esta línea, recordemos la independencia de la cláusula de arbitraje de forma que la vinculación es permanente y no la pueda suprimir unilateralmente luego el Estado junto con el contrato al que estaba destinada.

Efectivamente, el riesgo político conforma un atenuante del comercio y los negocios internacionales. Cuando una empresa invierte en un país extranjero, cuenta con ciertos riesgos que está dispuesta a asumir como el riesgo de la operación, el riesgo comercial, entendido como la viabilidad económica del proyecto, o el propio riesgo contractual y de personal.

No obstante, los riesgos anteriores pueden ser en gran medida paliados con un extenso análisis previo en forma de plan de negocio y

antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos, con desprecio, además, de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional.”

¹³⁷ Art. 177.2º Ley Suiza sobre Derecho Internacional Privado.

¹³⁸ F. Merino Merchán “Documento...”, *loc. cit.*, p. 21. “En el mismo orden de ideas y ya dentro de la específica jurisprudencia arbitral internacional vemos la sentencia CCI nº 1939, de 1971 por la cual no puede prevalecer la idea de que es aplicable el derecho administrativo del Estado de una de las partes al ser éste de orden público interno y no ser extensible a los contratos internacionales. Como que igualmente el orden público internacional se opondría con fuerza a que «un órgano estatal, tratando con personas extranjeras, pueda suscribir abiertamente, aun sabiéndolo y queriéndolo, una cláusula de arbitraje que hace confiar al co-contratante, y que pueda en consecuencia, tanto en el procedimiento arbitral como en el de ejecución hacer valer su nulidad...”.

El laudo CCI 1526/1986, así como los laudos CCI 2521/975 y 4381/1986 reconocen todas ellas la inoportunidad de plantear en el curso de los procedimientos arbitrales la pretendida incapacidad del Estado y de las demás personas jurídicas públicas por ser contrarias al orden público internacional, como asimismo al principio universal de la buena fe”.

¹³⁹ *Vid.* art. 2 del Convenio, ratificado por España el 5 marzo de 1975.

estrategias de mercadotecnia. Por tanto, el riesgo que normalmente no puede ser paliado por el inversor extranjero es el riesgo político en forma de expropiaciones, o de cambios regulatorios que provoquen una medida de efecto equivalente a una expropiación como pueden ser subidas indiscriminadas de impuestos, reducir el abono de primas establecidas. El arbitraje se constituye como un mecanismo válido que supera el tradicional esquema clásico¹⁴⁰ y los APPRI conforman una garantía muy valiosa para combatir este tipo de medidas que ocurren, principalmente, en países sudamericanos, debido a la influencia de la doctrina Calvo mediante la que no se reconoce ningún privilegio a los extranjeros, cuyas controversias deben quedar sometidas ante los tribunales locales sin posibilidad de hacer uso de la protección diplomática¹⁴¹. Por último, entre los riesgos políticos, destaca también la corrupción del país donde el inversionista extranjero se plantea invertir¹⁴².

Algunos sectores son especialmente sensibles a los cambios regulatorios como pueden ser aquellos negocios que afecten a recursos naturales en los que los Estados no están dispuestos a perder su control como el petróleo, el gas o las minas. Otros servicios públicos regulados, como transportes, energía, telecomunicaciones, que si bien no se encuentran en la escala anterior, también tienen grandes posibilidades de verse afectados por medidas gubernamentales; y, por último, existen sectores que afectan a la población como el sector financiero, fruto en ocasiones del intervencionismo estatal¹⁴³, que no suelen escapar al control gubernamental.

Se ha planteado la posibilidad de pactar una renuncia a la acción de anulación como medida protectora del arbitraje incluyendo, por ende, la renuncia en contingencias en las que pudiera haberse infringido el orden público¹⁴⁴. De esta forma, una vez dictado el laudo, se daría trámite a la ejecución por parte del Juez nacional. En algu-

¹⁴⁰ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Madrid, Bosch, 2010.

¹⁴¹ J.C. Fernández Rozas, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13–37.

¹⁴² *Exxon Mobile c. Venezuela*, CIADI ARB/07/27. El tribunal arbitral tuvo en cuenta el riesgo que suponía invertir en Venezuela para minorar la indemnización que debía concederse a Exxon Mobile. En el caso de España, transparencia internacional sitúa a España en el puesto 40 en el índice de percepción de la corrupción.

¹⁴³ A. Kaiser, *La miseria del intervencionismo: 1929–2008*, Unión Editorial, 2013, p. 186.

¹⁴⁴ J. Remón Peñalver, "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", *InDret*, nº 3/2007.

nas legislaciones, como la suiza o francesa se ha incluido esta posibilidad por Ley (art. 192.1º LDIPr suiza y art. 1.522 del Código de procedimiento civil francés), manteniendo una férrea posición frente a la parte que trate con posterioridad vulnerar el antedicho pacto¹⁴⁵. Sin embargo, en nuestra opinión, la solemnidad del orden público es superior a la de la autonomía de la voluntad, y queda fuera de dicha autonomía la posibilidad de pactar en contra de que los tribunales nacionales velen por el cumplimiento del orden público. Téngase en cuenta, además, que si el orden público es una causa de anulación revisable de oficio, el pacto en contra puede resultar ineficaz al controlarse directamente por los tribunales competentes. En definitiva, los Derechos y Libertades fundamentales deben suponer un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad, por lo que la renuncia pactada podrá ser válida cuando se renuncie después de conocerse el sentido del laudo. La jurisprudencia española ha sido clara al respecto a no ha dejado resquicio a la posibilidad de renunciar a la acción de anulación¹⁴⁶, al contrario que otras jurisdicciones cuyas Cortes expresamente recogen, como es el caso del art. 34.6º Regl. CCI, la renuncia implícita a la acción de anulación una vez sometido al arbitraje de dicha Corte.

Para garantizar que la inversión no queda en manos de las decisiones gubernativas, suelen utilizarse “cláusulas de estabilización” dentro del marco contractual, que son cláusulas de carácter temporal que impiden cambiar la legislación cuando afecte a los términos contractuales pactados salvo que medie la oportuna indemnización. Estas cláusulas suponen una garantía más para el contratante con el Estado dado que pueden ser eficaces tanto cuando sea un acto arbitrario contra el inversionista¹⁴⁷ como cuando el Estado reforma su legislación y

¹⁴⁵ J.C. Fernández Rozas, en J.C Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios...*, op. cit., p. 718.

¹⁴⁶ Entre otras, la SAP Zaragoza 4ª 11 octubre 2006 [JUR 2007\76623] recoge el parecer del Tribunal Supremo: “Reiterada jurisprudencia establece que la renuncia de derechos ha de ser clara, terminante e inequívoca. La renuncia se hizo constar en el mencionado documento, antes de la emisión del laudo, de forma anticipada, considerándose que para ser admitida, (así STS 11 octubre 2001), y por su propia naturaleza, se ha de renunciar conociendo aquello a lo que se renuncia y una vez que el derecho ya ha nacido. En otro caso, la renuncia no puede considerarse clara y terminante. Hasta que el laudo no es dictado se desconoce si pueden o no concurrir causas o motivos de impugnación, de modo que la renuncia expresada en el contrato de compraventa no puede tener efectos de abandono del derecho de impugnación”.

¹⁴⁷ *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*, CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15. El supuesto se basaba también en una expropiación indirecta realizada por Georgia mediante Decreto que revocaba una concesión otorgada al inversor.

ésta afecta a todos los inversionistas. Aunque es cierto que la jurisprudencia arbitral no ha sido uniforme respecto a la eficacia de las cláusulas de estabilización¹⁴⁸.

En cuanto al tipo de contrato que equivalga a una inversión, al menos sí se considera que ciertos contratos, como el de construcción y otros que impliquen inversiones duraderas, equivalen a una inversión protegida bajo el CIADI¹⁴⁹ y permiten acudir a dicha jurisdicción sin necesidad de agotar los recursos internos.

Fuera del ámbito contractual, también existe la posibilidad para los inversores de estar protegidos bajo el marco de un tratado. De esta forma, un cambio legislativo que afecte al conjunto de una inversión será considerado una medida de efecto equivalente a una expropiación o una expropiación indirecta¹⁵⁰, siempre que implique una pérdida para el inversionista de la expectativa generada¹⁵¹. Esto provoca la consecuente necesidad de satisfacer la lesión causada a los inversionistas de forma justa y equivalente. Por tanto, lo que se discute es si la potestad reglamentaria del Estado usada para modificar las leyes, implica la posibilidad para los inversionistas extranjeros de solicitar la indemnización correspondiente porque el acto legislativo primigenio que provocó el desembarco de una importante inversión, fuera modificado.

La razón principal que protege a los inversionistas para invocar que un acto legislativo supone una cláusula de estabilización, es que el Estado se hubiera comprometido a mantener el acto legislativo durante un período concreto de tiempo¹⁵², porque es evidente que el Es-

¹⁴⁸ *Texaco Overseas Petroleum Company c. Gobierno de la República Árabe de Libia* en el que las cláusulas de estabilización sirvieron para que Texaco saliera victorioso del arbitraje, mientras que en el caso *Aminoil c. Kuwait*, se decidió que las cláusulas de estabilización no impedían que el gobierno tuviera potestad para modificar su legislación interna y expropiar así la empresa Aminoil con una indemnización mínima porque esa era la expectativa que generaba la cláusula de estabilización. Cf. nota de J. Greenaway, "Expectativas Legítimas – ¿dónde cabe este concepto en el derecho de las obligaciones bajo los tratados internacionales de inversión?", *Servilex*, versión en línea.

¹⁴⁹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, CIADI No. ARB/00/4.

¹⁵⁰ C. Schreuer, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties, *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2015, p.1

¹⁵¹ Puede ser a través de incrementar impuestos o de reducir las primas prometidas etc.

¹⁵² Este es uno de los argumentos preferidos de los inversionistas que han demandado al Reino de España por el cambio en la normativa energética. Así, a través del RD 661/2007, el Estado español se comprometía al pago de unas primas durante un período concreto de tiempo, lo que puede interpretarse como una suerte de cláusula de estabilización y del principio de confianza legítima.

tado no va a comprometerse de forma indefinida a mantener una norma, máxime cuando existen probables cambios de Gobierno en el medio plazo. *Sensu contrario*, los argumentos principales del Estado para indicar que el acto legislativo que altera una inversión no supone una expropiación, será que la norma afecta por igual a todos aquellos inversores, fueren nacionales o extranjeros¹⁵³.

También se utilizan como garantía de protección de la inversión las denominadas cláusulas *trunc commun*. Estas cláusulas establecen una fuente legislativa común formada por el tratado internacional más el propio Derecho del Estado huésped, logrando así sumar y aunar ideas y voluntades, pero limitando los excesos nacionalistas y protectores del Estado receptor. Es decir, que en principio sería aplicable la ley interna del Estado contratante u otro sistema válido, siempre que no contravenga el Derecho internacional¹⁵⁴. El art. 42.1º Convenio de Washington de 1965 supone un ejemplo antonomástico de cláusula *trunc common* al disponer: "el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables."

Una cláusula con una redacción similar puede incluirse en el propio contrato formalizado entre el Estado o la empresa gubernamental y el particular. De esta forma, se acepta la elección de una determinada ley siempre que no sea contraria a las normas de Derecho internacional correspondientes. Aunque en ocasiones sean cláusulas muy abstractas, terminan flexibilizando la facultad de los árbitros para elegir el régimen jurídico aplicable a la controversia.

Por último, la labor de algunas instituciones de la CCI en los últimos años, como la Unidroit, si bien dirige su actividad principalmente a la contratación entre particulares, ha provocado que sea cada vez más frecuente que se usen normas anacionales en la contratación internacional como los Incoterms, los Principios Unidroit o la *lex mercatoria*¹⁵⁵. No existe óbice alguno para que el particular que contrate con un Estado pueda sustraerse tanto de la jurisdicción nacional co-

¹⁵³ Este es el argumento principal que deberá sostener el Reino de España en los arbitrajes iniciados ante las diferentes Cortes internacionales.

¹⁵⁴ J.F. Merino Merchán, "La lucha contra...", *loc. cit.*, pp. 27 ss.

¹⁵⁵ J.C Fernández Rozas y R. Arenas García, en J.C Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios...*, *op. cit.*, pp.361 ss.

mo de una legislación concreta. En la que se incluyan también una especificación de las cláusulas de excesiva onerosidad —*hardship*— o de fuerza mayor, para que se pueda alterar el contrato en caso de catástrofe¹⁵⁶.

B) Inmunidad de ejecución y la moderna protección diplomática

La inmunidad de jurisdicción se ha venido completando con la inmunidad de ejecución sobre los bienes del Estado. La inmunidad de ejecución es mucho más absoluta que la inmunidad de jurisdicción y viene institucionalizada tanto en el art. 21 LOPJ (*supra*, nº 8) como en el art. 23 LGP¹⁵⁷, imposibilitando a los tribunales y autoridades administrativas ejecutar los bienes del Estado ligados a cualquier servicio público. Esta suerte de muro infranqueable es válido cuando se pretenda ejecutar un laudo en territorio español. Sin embargo, no afecta cuando se pretenda ejecutar el laudo en un país donde existan bienes nacionales; los jueces de ese tercer Estado no quedan impedidos por lo dispuesto en la LGP.

Surge así una moderna protección diplomática de doble alcance: imaginemos que un Estado tras haber renunciado a su inmunidad, no cumple con el contenido del laudo y la parte vencedora pretende ejecutar el meritado laudo en otro Estado donde obren activos del Estado vencido. Probablemente el Estado al que se pretenda ejecutar sus bienes iniciare conversaciones diplomáticas a través del Jefe de Misión u otro representante con ese tercer Estado para evitar que se embarguen esos bienes. Es posible que esos bienes que se pretendan embargar estén protegidos por algún tipo de inmunidad vía tratado internacional (como los bienes de los agentes diplomáticos)¹⁵⁸, en cuyo caso serían inejecutables. Pero también es posible que no estuvieran inmunizados, lo que podría desembocar en que los jueces del tercer Estado, a los que se presume independientes, eludiendo la protección

¹⁵⁶ B.M. Cremades, "Los Estados y las empresas...", *loc. cit.*, pp. 1076 ss.

¹⁵⁷ Art. 23.1º. *Prerrogativas*. "Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general."

¹⁵⁸ Convenio Sobre Relaciones Diplomáticas Firmado en Viena el 18 abril 1961 publicado en el *BOE* el 24 enero 1968 que define también en su art. 1 qué se entiende por Jefe de Misión.

diplomática dispensada, aplicaran la ley correspondiente que determine el embargo de los bienes del Estado incumplidor hasta cubrir de forma suficiente el contenido del laudo¹⁵⁹.

Por otro lado, se encuentra la postura del inversionista extranjero, en ocasiones de talante poderoso (*supra*, n° 1), que podrá solicitar a su Estado que proteja sus intereses frente al Estado receptor de la inversión por haber éste incumplido el laudo. Es más, esta protección incluso puede solicitarse con carácter previo a un litigio, en cuanto el Estado receptor de la inversión atente frente a los intereses de la compañía, como pudiera ser la expropiación de sus activos¹⁶⁰. Nadie puede evitar pensar en el reciente conflicto surgido a raíz de la expropiación de YPF, en el que el Reino de España, e incluso la UE¹⁶¹, iniciaron una ofensiva diplomática para proteger, en el fondo, a los inversionistas de una compañía privada, lo que suscitó algunas críticas por entender que se trataba de un conflicto privado que dispone de sus propios mecanismos de reclamación¹⁶². Como vemos, en muchas ocasiones se difumina la separación entre lo privado y lo público.

El TC ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de ejecutar los bienes de un Estado¹⁶³. En este caso, la secretaria de la embajada de Sudáfrica en Madrid fue despedida. Tras declararse que el despido era improcedente solicitó la ejecución de la Sentencia en España. El TC entendió que a pesar de que los bienes de la embajada fueran inviolables, las cuentas corrientes u otros activos monetarios que la República Sudafricana pudiera tener en España no eran inmunes a la ejecución que proponía el demandante.

La importancia de esta Sentencia radica en abrir una vía de ejecución —si bien únicamente respecto a actos *iure gestio*— a un Estado tras un concentrado análisis del Derecho internacional público aplicable al procedimiento, admitiendo la teoría relativa y no absoluta de la inmunidad de jurisdicción y ejecución¹⁶⁴.

¹⁵⁹ B.M. Cremades, "Los Estados y las empresas públicas...", *loc. cit.*, p. 1076 ss.

¹⁶⁰ En el caso de Repsol por la conocida expropiación de YPF por parte de Argentina, el Ministro Manuel Margallo afirmó: "un ataque a Repsol se considerará un ataque a España" <http://www.diariosur.es/rc/20120413/economia/embajador-argentina-llega-exteriores-201204131352.html>.

¹⁶¹ <http://www.expansion.com/2012/04/13/empresas/energia/1334306688.html>.

¹⁶² <http://www.europapress.es/nacional/noticia-repsol-iu-icv-critica-gobierno-con-funda-intereses-espanoles-repsol-20120417130531.html>.

¹⁶³ STC 1 julio 1992 [LA LEY 1982—TC/1993].

¹⁶⁴ Esta postura no ha quedado consolidada en la jurisprudencia, dado que existen posturas idénticas del TS y otras que, tras analizar las vicisitudes que podrían conllevar al embargo de las cuentas corrientes de los países, entiende que al ser de naturaleza mixta y

Esta primera vía aperturista que promulgaba la meritada Sentencia supuso un gran paso para solventar una primera cuestión: la posibilidad de ejecutar bienes referidos a actos *iure gestionis*. El creciente desarrollo de los mercados internacionales y la aproximación de los ciudadanos a la contratación con el Estado, gracias, entre otras cosas, a las nuevas tecnologías, ha desembocado en que se haya aceptado que algunos bienes tan solemnes y desde luego de *iure imperii*, como la Deuda Pública, puedan ser materia arbitrable.

Así, el art. 98.3º LGP determina que: “las operaciones relativas a la Deuda del Estado se realizarán en los mercados financieros conforme a las normas, reglas, técnicas, condiciones y cláusulas usuales en tales mercados, pudiendo acordar el sometimiento a arbitraje o la remisión a una legislación o tribunales extranjeros, siempre que se observe lo dispuesto en el art. 23 de esta ley”.

Estos nuevos avatares muestran que España no se ha mantenido impertérrita a los cambios que han sufrido los negocios internacionales, y admite, para acercarse al orbe inversor, que incluso actos *iure imperii* puedan quedar sometidos a arbitraje. No obstante, se echa en falta una regulación menos esparcida sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución, como ya han reglado otros países¹⁶⁵, para así limitar la inmunidad de ejecución a supuestos *iure imperii* y siempre y cuando una norma interna no expugne dicha inmunidad de ejecución¹⁶⁶ y se salvaguarden los bienes destinados al servicio público (militares, diplomáticos), culturales o históricos.

pertenecer en parte a la misión diplomática, quedan protegidos por la Convención de Viena de 1961. Cf. F.J. Carrera Hernández, “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario Español de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. XXIII, 2007, pp. 63–99 (pp. 64–70).

¹⁶⁵ *Foreign Sovereign Immunities Act*, 21 octubre 1976 (EE.UU.); *State Immunity Act*, 20 julio 1978 (Reino Unido); *Foreign Sovereign Immunities Act*, 6 octubre 1981 (República Sudafricana); *State Immunity Act* de 1979 (Singapur); *Foreign Sovereign Immunity Act*, de 16 diciembre 1985 (Austria); o la Ley 24.488 (Argentina) que contiene 7 artículos respecto a la inmunidad del Estado. En el ámbito internacional encontramos la Convención de Viena de 191 a la que ya hicimos alusión; la Convención de Viena de 24 abril 1963 sobre Relaciones Consulares; el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16 mayo 1972), si bien no ha tenido mucho éxito; o la Convención de la ONU de 2 diciembre 2004 sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes.

¹⁶⁶ De esta forma, se constataría mediante una norma expresa que los actos *iure gestio* son ejecutables y que además los actos *iure imperii* también son ejecutables si así lo permite el ordenamiento jurídico interno, como en el caso que exponíamos de la Deuda Pública.

C) Caso *Maffezini*

El caso *Maffezini*¹⁶⁷ es paradigmático respecto a la competencia jurisdiccional de un tribunal arbitral, como es el CIADI, surgida una controversia entre un particular y un organismo administrativo español cuyas decisiones afectaron a una inversión del Sr. Maffezini.

En este supuesto, el Sr. Maffezini constituyó la sociedad Emilio A. Maffezini (EAMSA), en 1989, suscribiendo el 70% del capital de la sociedad. El otro 30% fue suscrito por la Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia, S.A. (SODIGA). Surgida una controversia entre ambas partes por causas que el demandante imputaba a SODIGA, éste solicitó el arbitraje ante el CIADI invocando el APPRI suscrito entre Argentina y el Reino de España¹⁶⁸, así como el APPRI suscrito entre el Reino de España y la República de Chile¹⁶⁹ en aplicación de la cláusula de NMF.

España discutía la competencia del CIADI, toda vez que en el APPRI suscrito con Argentina se imponía la obligación de acudir a los tribunales españoles para resolver las controversias que surgieran entre los nacionales argentinos y España¹⁷⁰. No obstante, esta obligación no se imponía para los chilenos.

España argumentaba como primer motivo sobre la incompetencia de jurisdicción que no se habían agotado los recursos internos establecidos en el APPRI para poder acudir al CIADI y que la cláusula de NMF no era aplicable al procedimiento debido a que por el principio ejusdem generis, estas cláusulas no son extrapolables a materias que no sean idénticas. De esta forma, en el APPRI suscrito con Argentina se establecía que únicamente cabría dirimir la controversia en un arbitraje internacional, en caso de que se hubiera acudido a la vía contencioso-administrativa y en ésta no se hubiera dictado una resolución sobre el fondo en el plazo de 18 meses. El 25 enero 2000 el Tribunal Arbitral dictó la decisión sobre jurisdicción, rechazando este motivo por aplicación de la cláusula de NMF contenida en el APPRI suscrito por España con Chile¹⁷¹, principalmente.

El segundo motivo principal de oposición a la jurisdicción del CIADI utilizado por España fue que SODIGA no se trataba en absoluto de

¹⁶⁷ *Emilio A. Maffezini c. Reino de España* caso CIADI N° ARB/97/7.

¹⁶⁸ Acuerdo entre Argentina y España del 3 octubre 1991.

¹⁶⁹ Acuerdo entre Chile y España del 2 octubre 1991.

¹⁷⁰ Art. X del APPRI entre Argentina y España.

¹⁷¹ Aps. 38 ss de la Decisión sobre Jurisdicción.

una entidad pública capaz de comprometer al Reino de España en un arbitraje internacional¹⁷². De esta forma, discutía la condición jurídica de SODIGA, señalando que las actividades ejercitadas por esta sociedad eran privadas y que el mero hecho de estar participada por otras sociedades estatales no la convierte en una entidad pública. Por tanto, al no poder el CIADI resolver disputas entre entidades privadas, no tenía competencia para resolver el conflicto.

El demandante, por su parte, refutaba lo anterior señalando que SODIGA funcionaba como un apéndice de la Administración, tanto de forma estructural como funcional. Y que dada su condición de sociedad estatal, los daños causados al demandante debían imputarse al Reino de España.

En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal, basándose en reglas de Derecho internacional, estimó que SODIGA era una entidad pública¹⁷³, al no encontrarse adecuadamente definidos los términos “nacional de otro Estado contratante” o “Estado contratante” en el Convenio o en el APPRI.

Así, se analizó tanto desde el punto de vista estructural como funcional si SODIGA actuaba como una entidad estatal o únicamente si actuaba en el comercio internacional participada por el Estado. El Tribunal observó que SODIGA fue creada mediante Decreto dictado por el Ministerio de Industria, que autorizó al Instituto Nacional de Industria la constitución de SODIGA y se previó que el Instituto controlara, al menos, el 51% del capital de SODIGA.

A mayor abundamiento, en el propio Preámbulo del Decreto mediante el que se autorizaba la creación de SODIGA, se evidenciaba el carácter gubernamental de la sociedad, al indicar: “[...]Se considera urgente la constitución de una Sociedad que, con la finalidad específica de impulsar el desarrollo industrial de Galicia[...]”.

En el asunto *Maffezini* la cuestión sobre jurisdicción no era excesivamente compleja debido a que SODIGA presentaba una vinculación estrecha con el Estado. La importancia de este caso es la posible imputación a un Estado de los daños ocasionados por una empresa pública a un inversionista extranjero.

En este punto la controversia no es sencilla, pues el CIADI no tiene capacidad para resolver disputas que surgen entre dos particulares, como tampoco puede resolver conflictos entre dos Estados. Su carac-

¹⁷² *Ibid.*, aps. 71 ss.

¹⁷³ *Ibid.*, ap. 76.

terística principal es la de resolver disputas entre un inversionista privado y un Estado. *Sensu contrario*, para el caso en el que se entiende que una sociedad como SODIGA equivale al Estado receptor de la inversión, si una sociedad de características similares invirtiera en un Estado contratante, en caso de que surgieran controversias por la inversión, la sociedad no tendría capacidad de acudir al CIADI porque equivaldría a un conflicto Estado contra Estado y no inversor contra Estado.

En el asunto *Ceskoslovenska Obchodni Banka*¹⁷⁴ se discutió precisamente que la sociedad demandante era un Banco participado por el Estado, y, por tanto, era una entidad estatal sin capacidad de demandar ante el CIADI al Estado receptor de la inversión. En este supuesto se señaló que el hecho de que el demandante estuviera participado por el Estado no le impedía ser considerado "nacional de otro Estado contratante" a los efectos de acudir al CIADI a resolver el conflicto surgido con el Estado receptor de la inversión.

Por lo expuesto, no parece que haya un patrón común capaz de distinguir qué sociedades equivalen al Estado y cuáles son sociedades privadas con algún rasgo de vinculación pública. Será el análisis del tribunal correspondiente el que deberá ponderar las circunstancias acaecidas en el procedimiento concreto para determinar si en un caso una sociedad depende del Estado o no.

En el caso *Maffezini* se observan dos estudios primordiales del Tribunal: en primer lugar, si la sociedad presenta vínculos estructurales, esto es, si es creada por el Estado y de qué órgano gubernamental depende y, por otro lado, un análisis funcional, es decir, si la actividad de la sociedad es pública o privada. A nuestro juicio, es este último examen el que debe prevalecer para catalogar a una sociedad. Así, si una sociedad es dependiente de un apéndice del Estado, pero su actividad es exclusivamente privada, no parece lógico que los daños causados por actividades privadas puedan ser imputados a un Estado y, menos aún, comprometer a éste ante un tribunal internacional.

2. Gestión de la responsabilidad financiera en arbitrajes en los que la UE sea parte

A raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 diciembre 2009, la política comercial común (en adelante, PCC) se incluyó den-

¹⁷⁴ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. c. República de Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4 Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 24 mayo 1999.

tro de las competencias exclusivas de la UE y, además se incardinaron las inversiones extranjeras directas (IED)¹⁷⁵ dentro de esta PCC¹⁷⁶. A partir de ese instante, surgió la problemática de la subsistencia de los APPRIs suscritos por los Estados miembros con terceros países¹⁷⁷, o entre ellos, y brotaron ciertos conflictos por la posible incompatibilidad de tales acuerdos con el acervo comunitario¹⁷⁸; en particular, por la vulneración de la libre transferencia de capitales. Es más, se llegó a plantear la finalización de los APPRIs intracomunitarios¹⁷⁹, en aplicación del art. 59.1º de la CVDT sobre terminación de los tratados¹⁸⁰, aunque las objeciones planteadas fueron rechazadas de plano.

Ante la duda latente sobre la validez de los APPRIs, se promulgó el Reglamento 1219/2012 del Parlamento y del Consejo, mediante el cual se regulaba la paulatina supresión de los APPRIs suscritos por los Estados miembros con terceros países; no afecta a los APPRIs intracomunitarios. Al asumir la UE la competencia exclusiva en materia de IED, consecuentemente se le dota de capacidad para concluir tratados con terceros Estados que versen sobre la antedicha materia. Una vez que la UE concluya un tratado con un tercer país, se suprimirán los APPRIs que los Estados miembros pudieran mantener con ese tercer país a favor de un único acuerdo en materia de IED; podrán mantenerse en la protección que dispensen a las inversiones en cartera y se podrán formalizar nuevos APPRIs siempre con una autorización previa de la Comisión. La progresiva desaparición de los APPRIs deberá ser fruto de la cooperación leal establecida en el art. 4.3º TUE.

Los futuros Tratados de Libre Comercio (TLC), o cualesquiera otros acuerdos en materia de IED que suscriba la UE con un tercer país, regularán las materias que previamente disciplinaban los APPRIs, incluyendo el método de resolución de conflictos. De esta forma se ha

¹⁷⁵ La enumeración dada por el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo se refiere a vínculos a largo plazo.

¹⁷⁶ Arts. 3.1 e) y 207 TFUE.

¹⁷⁷ J. Díez Hoehleitner, "El incierto futuro de los Acuerdos Bilaterales sobre Protección de Inversiones celebrados por los estados miembros de la Unión Europea", *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010, p. 20.

¹⁷⁸ SSTJUE 3 septiembre 2009, *Comisión c. Austria*, C-205/06; o 19 noviembre 2009, *Comisión c. Finlandia*, C-118/2007.

¹⁷⁹ *Eastern Sugar B.V. c. República Checa*, SCC nº 088/2004. Desestimaron la objeción a la jurisdicción planteada por la R. Checa por la terminación del APPRI.

¹⁸⁰ Art. 59.1º: Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y: a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

pronunciado la Comisión respecto a la futura Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI o TTIP), señalando que este TLC con EE UU sustituirá a los APPRIIs que los Estados miembros tuvieran suscritos con ese país¹⁸¹. Estos futuros TLCs incorporarán un mecanismo de solución de diferencias entre los inversores y el Estado (ISDS¹⁸²) en el que se regulen el mecanismo de resolución de conflictos apropiado, mediante el cual las disputas quedarán sometidas a arbitraje. Este método pretende perfeccionar el tradicional de los APPRIIs, corrigiendo algunos errores que se habían manifestado en diferentes controversias. De esta forma, el nuevo método pretende, principalmente: asegurar la potestad reglamentaria de los Estados, definir el concepto de expropiación indirecta y evitar la discrecionalidad de los tribunales nacionales a la hora de valorar el “trato justo y equitativo” que desnaturaliza la función de estos tratados, o establecer un sistema de apelación que garantice que las resoluciones sean revisadas¹⁸³.

Una vez regulada la forma en la que la UE asumirá las competencias en materia de IED, quedaba resolver la gestión interna relacionada con la posible infracción del TLC por parte de la UE o por parte de un Estado miembro. Así, no cabe duda de que aunque nos encontramos ante una de las más sofisticadas uniones económicas, la UE está compuesta por diferentes Estados que no están dispuestos a asumir los costes derivados de un pleito que concierne a otro Estado miembro. Los tratados que suscriba la UE en relación con la protección de las inversiones, contendrán un mecanismo de solución de conflictos que permita al inversor extranjero reclamar tanto a la UE como al Estado miembro. El laudo que recayera en el futuro procedimiento puede condenar a la UE al pago de una cuantiosa indemnización. No obstante, este laudo desfavorable puede ser fruto, tanto de un incumplimiento de la UE en sus deberes con el inversor reclamante, como de la infracción un Estado miembro. Para paliar las posibles lagunas respecto a quién se le imputan los costes derivados de un procedimiento arbitral condenatorio, se ha publicado el 28 agosto 2014¹⁸⁴, el Reglamento 912/2014 de 23 de julio por el que se establece un marco

¹⁸¹ Comisión Europea, nota informativa: “Consulta Pública en línea sobre la protección de los inversores en la ATCI”, MEMO/14/206, 27 marzo 2014.

¹⁸² Inversor–State Dispute Settlement. Comisión Europea, “FAQ on the EU–US Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)”, 10 junio 2013.

¹⁸³ Comisión Europea, “Protección de las inversiones y solución de diferencia entre los inversores y el Estado en los acuerdos de la UE”.

¹⁸⁴ Publicación realizada en el Diario Oficial de la Unión Europea.

para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte¹⁸⁵.

Este Reglamento entrará en vigor el 17 septiembre 2014. Está basado en el art. 207.2º TFUE y pretende regular la asunción de costes derivados de un procedimiento arbitral con un reparto de la responsabilidad entre la UE y el Estado miembro condenado, así como la intervención en el procedimiento de la UE y los Estados miembros demandados. Al asumir la UE la competencia exclusiva en materia de IED, asume también la defensa de los procedimientos en los que un inversor reclame por la infracción de un tratado internacional en la que la UE o la UE y los Estados miembros sean parte. Ciertamente, la infracción que desencadene el conflicto puede haberla generado la UE, puede que un Estado miembro, por lo que se establece el siguiente reparto de la responsabilidad financiera¹⁸⁶:

- la UE asumirá los gastos en los que se incurra siempre que la infracción hubiere sido cometida por algún organismo de la Unión o cuando el trato dispensado por el Estado miembro fuera consecuencia de la aplicación estricta del Derecho de la UE por parte del Estado condenado;

- el Estado miembro será responsable siempre que fuere condenado por infringir el tratado e incluso si fue aplicando el Derecho de la UE por mor de no haber solventado la incompatibilidad del acto previo que motivó que el Estado infractor tuviera que aplicar el Derecho de la UE. También será responsable cuando así lo acepte o cuando concluya un acuerdo transaccional.

Siempre que un Estado tenga conocimiento de una solicitud de arbitraje, deberá ponerlo en conocimiento de la Comisión y se establecerán consultas sobre la base del principio de cooperación leal para procurar la defensa más adecuada de los intereses de la UE y del Estado miembro demandado. Estas consultas también se mantendrán cuando la UE y el Estado miembro condenado no se pongan de acuerdo en cuanto a los gastos en los que deben incurrir cada uno derivados del arbitraje en el que se condenaba a ambos.

¹⁸⁵ J.C. Fernández Rozas, "Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento nº 912/2014", *La Ley: Unión Europea*, nº 18, 2014, pp. 5-27.

¹⁸⁶ Art. 3 Reglamento 912/2014.

En cuanto a la defensa del litigio, la UE actuará como parte demandada siempre que hubiera surgido el conflicto por el trato dispensado por algún organismo de la UE; cuando asuma parte de la responsabilidad financiera del litigio; cuando se hubiera planteado una disputa similar ante la OMC y la UE quiera mantener la coherencia de sus argumentos; o cuando actúe en nombre de un Estado miembro que delegue en la UE la defensa del litigio.

Debido a la recentísima promulgación de este Reglamento, escasean los casos en los que la UE forme parte de un tratado que pudiera derivar en un arbitraje internacional¹⁸⁷. El paradigma actual sería el TCE, que no sólo se encuentra ratificado por los Estados miembros de forma individual, sino también por la UE. Debido al poder regulatorio de la UE, cabe preguntarse qué hubiera sucedido si los cambios regulatorios que han motivado la presentación de numerosas demandas arbitrales al amparo del TCE contra España, hubieran sido fruto de la regulación de la UE. Desde luego que nada impide que los arbitrajes se hubieran iniciado frente a esta institución, que goza de una reconocida personalidad jurídica. No obstante, no todas las Cortes son válidas para poder instruir a la UE. De esta forma, recordemos que el CIADI, sin duda una de las Cortes de mayor prestigio a nivel de conflictos ISDS, surge a partir del Convenio de Washington de 1965 del que la UE no es parte. Asimismo, el propio art. 67 del meritado Convenio dispone que hay que ser miembro del Banco Mundial para poder ser parte del Convenio. Podría plantearse que la UE acudiera a través del Mecanismo Complementario, pero las soluciones que presenta este mecanismo son meros parches en comparación con el procedimiento CIADI.

V. Contratación administrativa: la paulatina admisión del arbitraje

1. La superación de la prohibición tradicional y sus problemas

En los años noventa existían dos claras posturas antagónicas respecto a la admisión del arbitraje sobre las contrataciones públicas. Una prueba de la poca acogida del arbitraje puede encontrarse en el Informe 33/99, de 30 junio 1999 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa relativo a la "posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación y ejecu-

¹⁸⁷ Excluimos los arbitrajes OMC.

ción de contratos de gestión de servicios públicos de cláusulas relativas a la adhesión del contratista a un sistema de arbitraje de consumo en sus relaciones con los usuarios” que aunque referido inicialmente sólo al arbitraje de consumo, aprovecha claramente la ocasión para referirse además a “toda clase de arbitrajes”, manifestando una actitud negativa a la introducción del arbitraje.

Y ello pese a que el Consejo de Estado en su Dictamen 214/1992, de 21 de mayo advertía que el arbitraje constituía “una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegara a revestir estado litigioso”. Todo ello sin perjuicio, claro está, de salvaguardar los criterios que garanticen la adecuada tutela del interés público”. Es decir, existían posturas encontradas según quién tuviera que analizar la conveniencia de someter las disputas derivadas de un contrato, al arbitraje.

2. El determinante de la Contratación Internacional como técnica de superación de las barreras tradicionales. Posición del Consejo de Estado

En materia de contratación internacional, ya en 1995, el Consejo de Estado había entendido que sí era plausible y eficaz el sometimiento a una cláusula compromisoria. Se indicaba así¹⁸⁸ que: “El Consejo de Estado español, en sus dictámenes habilitantes sobre estas materias, no ha dejado de ponderar la importancia del arbitraje en los negocios del tráfico internacional en que sea parte el Estado español o alguna de sus instituciones con personalidad jurídica independiente”.

Así, se puede dejar constancia del Dictamen 1338/94, relativo a la adquisición de una partida de aviones Mirage y material asociado, mediante contratación directa con el Gobierno de Qatar, conforme el artículo segundo del RD 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero, y en cuyo contrato se contenía un pacto de arbitraje (cláusula 6ª), por el que las disputas se solucionarían en Lausanne (Suiza) con arreglo a las normas procedimentales de la Cámara Internacional de Comercio por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas normas; siendo las leyes federales suizas la *lex contractus*, excluyendo sus disposiciones sobre conflictos de leyes; y en el que el Alto Cuerpo Consultivo mantuvo que:

¹⁸⁸ J.F. Merino Merchán, “La lucha contra...”, *loc. cit.*, p. 13.

“... ningún impedimento jurídico puede formularse a la inclusión de una cláusula de arbitraje en un contrato de esa naturaleza; ya que no está sometido, obviamente, por razón de las partes intervinientes, a las limitaciones que sobre estos particulares pudieran derivarse de la legislación interna. Y cabe establecer este sistema de dirimir sus diferencias en virtud del principio general de autonomía de la voluntad que ha de operar, con todas sus consecuencias, en el plano de las relaciones entre Estados”.

El Consejo de Estado también se pronunció de forma parecida, señalando que la sumisión a un arbitraje CCI era legítima y además sumamente conveniente. En cuanto a la aplicación de las leyes federales suizas al fondo del contrato, el Consejo de Estado nada tuvo que oponer al entender que dicho pacto era conforme al Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra en 21 abril 1961¹⁸⁹, si bien advierte que no puede excluir que en primer término, se esté a lo que resulte de las propias estipulaciones del contrato.

Notemos que exactamente desde el principio de este devenir, el Decreto de Bravo Murillo se refería con toda precisión a contratos, a la contratación, ámbito éste que parece apropiado, precisamente, para convenir y comprometer en arbitraje.

Las ventajas que presenta van desde valoraciones técnicas que no se pueden diluir en una Mesa más o menos compuesta principalmente de funcionarios y en la que el papel de los técnicos de la Administración pueda ser limitado, hasta exactamente lo contrario: confiar en un técnico único elegido por la Administración como elemento decisor último, haciendo depender la adjudicación solamente de su caprichosa decisión. Y ello por no mencionar que la lucha contra la corrupción se encuentra en la contratación con un campo abonado en el que puede hacerse valer la neutral posición de un árbitro frente a actitudes torcidas que lleven inevitablemente aparejada la decisión y el resultado anticipado de la licitación.

3. La legislación actual de Contratos del Sector Público. Tímidos avances en Derecho comunitario y nacional

El actual 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, permite que aquellas entidades públicas que no gocen del carácter de Administración Pública, celebren contratos con sumisión

¹⁸⁹ Publicado en el *BOE* de 4 octubre 1975 que prevé expresamente en su art. VIII.1º (“Derecho aplicable”) que “Las partes podrán, según su libre criterio, determinar de común acuerdo la Ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia”.

a arbitraje¹⁹⁰. No obstante, como punto en contra de esta admisión, está, a nuestro juicio, la incorporación de una noción excesivamente amplia del concepto de Administración Pública, limitando a máximos la expresión del arbitraje al excluir a una cantidad ingente de organismos¹⁹¹.

Así, si bien esa posibilidad dentro del ámbito interno se consolida con un carácter más bien renuente, en la contratación en el extranjero es el Estado quien se muestra receloso de la justicia administrativa extranjera y recomienda que los posibles conflictos que surjan con empresas extranjeras se solucionen en un arbitraje en paridad con los tribunales españoles¹⁹². Esta regulación supone un atraso normativo, ya que vuelve a manifestar otra vez desconfianza hacia el arbitraje y comodidad por la jurisdicción nacional, lo que constituye una *striking exception* en el panorama internacional. No obstante, entendemos que el ámbito de la contratación pública se perfila como uno de los

¹⁹⁰ Art. 50. *Arbitraje*: “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.”

¹⁹¹ Art. 3: “Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; 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; 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: 1.ª 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 2.ª 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 y g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.”

¹⁹² Disposición Adicional Primera: Contratación en el extranjero. 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. Igualmente se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales”.

sectores o ramos de la actividad jurídico–económica en que sí tiene opciones importantes de manifestarse el arbitraje.

En España, la asociación AEADE ha creado el Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (TACOP) para dirimir arbitrajes concernientes al sector público. Sin embargo, supone un tímido avance en comparación con la proliferación y publicitación de Cortes en materia civil. La reiteración de árbitros y de Cortes menoscaban el poder de atracción de España como sede de arbitrajes internacionales, cuya notoriedad no ha despegado como en otros países debido a la escasa oferta diferenciada. Sería conveniente una revisión del modelo actual encaminado a aunar fuerzas en detrimento de la individualidad con la que se han gestionado las Cortes de Arbitraje en donde encontramos Cámaras de Comercio autonómicas que jamás en administrado un arbitraje.

En cambio, los árbitros españoles sí han conseguido distinguirse en el arbitraje internacional. Ciertamente, la elección de los árbitros que realicen las partes en arbitrajes como los que pretende tutelar el TACOP, deberá comprender a cualificadas personas del ámbito del sector público, evitando el intrusismo de aquellas completamente ajenas a este campo y distintas a las coincidentes en otras Cortes que administran arbitrajes privados. Por tanto, la elección de los árbitros debe ser un ejercicio de responsabilidad¹⁹³, tanto de las partes, como de la Corte. La ambiciosa admisión del arbitraje en los contratos del sector público tiene conspicuos adeptos, si bien creemos que no ha desperdado el interés suficiente debido a la negación sistemática de la Administración Pública de someterse a arbitraje.

Alberto Dorrego de Carlos, Presidente del TACOP¹⁹⁴ tras reconocer que hubo época de recelos entre el Derecho administrativo y el Derecho arbitral (citando a Alfredo Bullard, estos dos Derechos eran “íntimos enemigos”) señala que existe una progresiva admisión del arbitraje internacional en materia administrativa que ha venido de la

¹⁹³ J.M. Alonso Puig, “Los árbitros: Selección, recusación y rReemplazo”, *Thémis*, nº 53, 2007, p. 166.

¹⁹⁴ A. Dorrego de Carlos, “El arbitraje en los contratos públicos”, *Revista Jurídica de Castilla – León*, de 29 de enero 2013, pp. 1 a 18, en la que el autor afirma que: “Expresado en otros términos, los APPRI 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 internacional. 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”.

mano de la práctica internacional, gracias a la constitución y proliferación de APPRIs, valorando la facilidad, estabilidad y seguridad que ofrece a las inversiones este sistema jurídico.

Efectivamente, en el ámbito internacional es donde más puede desarrollarse el arbitraje en contratos del sector público. Una vez sentadas las piedras angulares para la admisión del arbitraje, la práctica debe obligar progresivamente a la internacionalización de los contratos públicos, los añejos "Contratos del Estado", tanto exigiendo que su *lex contractus* sea la de un tercer Estado como sometiendo precisamente tales contratos a arbitraje internacional (contratos financieros, desarrollo infraestructuras, aprovechamiento de recursos, concesiones de obra pública¹⁹⁵, etc.)¹⁹⁶. Esta materia contractual, a pesar de comenzar perteneciendo al ámbito público, queda sujeta al ámbito privado de los contratos, si bien, lógicamente, deberá traerse a colación en ocasiones el Derecho público por la naturaleza intrínseca de las actuaciones de la Administración, como su ley reguladora de la capacidad jurídica y de obrar, aun cuando se haya pactado que el contrato se regirá por una ley extranjera¹⁹⁷.

En ocasiones, materias de plena reserva jurisdiccional han sido sometidas a un arbitraje internacional perfectamente válido a la luz del art. 2.1º de la vigente LA, por no haber indisponibilidad objetiva para los particulares. Manifestación de esta realidad fue, por ejemplo, la firma del convenio arbitral celebrado por el Estado español con Trustees Limited y la Fundación Colección Thyssen–Bornemisza, aprobado por Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, con el Dictamen favorable del Consejo de Estado nº 1034/1993 y en cuya virtud toda controversia que surja como consecuencia de dicho contrato será resuelto por arbitraje y conforme al Derecho del Reino Unido. En cambio, repetimos, las actuaciones previas al ámbito contractual, los tradicionales actos separables, quedan excluidos de arbitraje, ya que no forman parte de la adjudicación y sólo pueden ser recurridos ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

¹⁹⁵ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pp. 87 ss, ya hacía referencia entonces a este tipo de contratos en los que el Estado y el particular privado sometían sus diferencias a arbitraje.

¹⁹⁶ J.C. Fernández Rozas, "Un nuevo mundo jurídico: La *lex mercatoria* en América Latina", *Estudios sobre la lex mercatoria* (J.A. Silva, coord.), México, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 61–127, donde el autor expresa las condiciones para que un uso acabe formando parte integrante del panorama de fuentes, basado en la realidad social favorable a tal utilización.

¹⁹⁷ B.M. Cremades, "Los Estados y las empresas Públicas...", *loc. cit.*, p. 1076 ss.

En todo caso, el art. 50 del Texto Refundido no tiene una regulación propia y se remite a la LA, lo que plantea problemas de adaptación. Claramente, según el iter procedimental de un contrato del sector público, hay que incluir un pliego de cláusulas administrativas y un pliego de cláusulas técnicas, lo que supone que será en las primeras donde haya que incluir el convenio arbitral para que la materia quede sometida a arbitraje o bien que las partes se pongan de acuerdo con posterioridad.

4. Otros supuestos de aplicación del arbitraje administrativo provenientes del Derecho comunitario o internacional

No deja de ser curioso, sin embargo, que en ocasiones la propia Administración valore positivamente el arbitraje en el procedimiento administrativo a la hora de tomar sus propias decisiones; por ejemplo, en algún control de concentraciones, la autoridad de competencia considera como ofrecimiento válido entre las condiciones de autorización que las partes se comprometan luego a someter a arbitrajes sus disputas. En el caso resuelto por Resolución de 23 marzo 2007, el Consejo de Ministros, siguiendo las condiciones sustantivas propuestas por unanimidad por el TDC¹⁹⁸, acordó autorizar, con condiciones, la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de Sogecable, S.A. del control exclusivo por Audiovisual Sport y valoró positivamente que entre las condiciones ofrecidas para garantizar la concentración, se ofreciera el arbitraje.

La Administración tiene que aceptar el arbitraje también como medio de resolver disputas *inter privatos*, dentro de sus procedimientos administrativos, cuando lo indique así una norma europea directamente aplicable, como el Reglamento n.º 952/2006, de la Comisión, de 29 de junio, por el que se regula la gestión del mercado interior del azúcar y del régimen del mercado interior del azúcar y del régimen de cuotas admite en su art. 36 arbitrajes técnicos (peritajes) para dilucidar controversias acerca de la calidad del azúcar. En el ámbito interno se encuentran antiguas disposiciones similares en materia agrícola, en el que determinados acuerdos interprofesionales relacionados con la Avellana se sometían a arbitraje con nombramiento de los árbitros por parte del reformado Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación¹⁹⁹. También la homologación de contratos tipo de la Lenteja de la Armuña, Alubias y otros igual de curiosos, expresaban el sometimien-

¹⁹⁸ Actualmente incorporado en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹⁹⁹ Orden de 19 junio 1987, *BOE*, n.º 148, publicado el 22 junio 1987.

to a arbitraje gracias a la habilitación previa contenida en la Ley 19/1982, de 26 de mayo, de contratación de productos agrarios²⁰⁰, con admisión también del arbitraje de equidad²⁰¹.

Igualmente, por poner otro ejemplo de incorporación de la técnica arbitral en procedimientos que pueden implicar a la autoridad de tutela administrativa (Dirección General de Seguros), la Decisión 2003/564/CE de la Comisión Europea, de 28 de julio, sobre la aplicación de la Directiva 72/166/CEE del Consejo relativa a los controles sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles²⁰².

También es posible que llegue el arbitraje internacional por remisión del acuerdo de la Comisión Europea. Tal es el caso del acuerdo transaccional al que se llegó el 9 julio 2004 entre la Comisión Europea y el grupo Philip Morris International con la finalidad de resolver extrajudicialmente el litigio pendiente en los tribunales de los Estados Unidos de América originado por la demanda interpuesta por la Comunidad Europea y diez Estados miembros de la misma contra dicho grupo empresarial en solicitud de reparación por los perjuicios causados por presuntas ventas de cigarrillos en el territorio de los Estados miembros en violación de las leyes aplicables. La firma por el Estado Español del Acuerdo de 2004 fue autorizada mediante el Real Decreto 1594/2004, de 25 de junio, por el que se autoriza la firma del acuerdo anticontrabando y antifalsificación y exención general entre Philip Morris Internacional Inc., Philip Morris Duty Free Inc., y Philip Morris World Trade SARL., de una parte, y la Comunidad Europea y diez Estados miembros, de otra.

²⁰⁰ Art. 12. En el caso de existencia de diferencia en la interpretación de los acuerdos interprofesionales o colectivos, o en la aplicación de las cláusulas de penalización, las partes podrán recurrir al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para su arbitraje.

El procedimiento arbitral será el establecido en la legislación vigente sobre arbitrajes de derecho privado, excepto en lo que se refiere a la designación de árbitros que se hará por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

²⁰¹ Orden 28 julio 1986 sobre la homologación de los contratos tipo sobre Ciruelas de Ente.

²⁰² Art. 19. Cláusula arbitral: "Cualquier disputa nacida del presente Reglamento general o que se refiera a éste será resuelta por vía de arbitraje conforme al Reglamento de arbitraje de UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho comercial internacional) actualmente en vigor. El Consejo de Bureaux fija el baremo de los honorarios de los árbitros así como los gastos que pueden ser reclamados. La autoridad de nombramiento de árbitros será del Presidente del Consejo de Bureaux o en su defecto el Presidente del Comité de nominación. El número de los árbitros se fija en tres. Las lenguas a utilizar para el procedimiento de arbitraje son el inglés y el francés".

Al tratarse, por una parte, de un acuerdo transaccional y, por otra, al someter a arbitraje las cuestiones litigiosas que se produzcan, la firma del acuerdo exige la aprobación de un Real Decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del Estado, de acuerdo con lo previsto en el art. 7.3 LGP. Se pretende limitar así la posibilidad de soslayar la jurisdicción contenciosa.

Como vemos, en el ámbito internacional se acepta el arbitraje sin paliativos, por lo que debería potenciarse es el ámbito doméstico. En su Dictamen 4464/1998, de 22 de diciembre, siguiendo las consideraciones del Consejo Económico y Social y de la OCDE, el Consejo de Estado apunta la conveniencia de potenciar la institución del arbitraje en el ámbito de la contratación administrativa al tratarse de una técnica "para solucionar en breve los conflictos existentes entre todos los que intervienen en la contratación pública" y que en la actualidad se limita exclusivamente al carácter específico de los contratos celebrados en el extranjero.

Así pues, en el arbitraje administrativo, se pasa de una prohibición mayoritaria a imposiciones comunitarias, echándose verdaderamente en falta una regulación decidida a la sujeción de los organismos públicos al arbitraje como en el caso de Loterías.

5. El levantamiento de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución estatal en asuntos regidos por la lex mercatoria

El fomento del arbitraje y la voluntad de los inversionistas extranjeros ha desembocado en una creciente inclusión de la *lex mercatoria* como vehículo legislativo del contrato²⁰³. El Estado está siendo sometido cada vez más a arbitraje, comenzando, en principio, por el ejercicio de control de actos con contenido discrecional y paulatinamente en el ámbito de las inversiones. Y es que al entrar el Estado con su potestad reglamentaria en el ámbito y circuito de los negocios internacionales, da la impresión, permítase la metáfora, de que se invierte el "mito de Saturno" y que estos negocios acaban devorando a las altas potestades del propio Estado.

La inmunidad del Estado, a la que nos hemos referido a lo largo del presente, está pensada para la actuación del Estado como tal, esto es, como *Potentior Personae* que es como desde la Paz de Westfalia (1648) se consideraron a sí mismos los Estados. Pero no lo está para

²⁰³ J.C. Fernández Rozas en J.C Fernández Rozas, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios...*, *op. cit.*, pp. 37 ss.

“Estados—comerciantes” que desprenden unidades o elementos del aparato público para insertarlos directamente en las relaciones industriales y comerciales.

Cuando el Estado se despoja de su vestidura de imperio aparece un ropaje mercantil que no puede ni debe reclamar que se le superpongan poderes y potestades que no corresponden al tráfico mercantil, ya que el giro jurídico es, entonces, puramente económico y ha de tender a reglas propias del *ius mercatorum*, fuera de prebendas, privilegios y prerrogativas exorbitantes. El Estado y las Administraciones Públicas pueden someterse a arbitraje porque no dejan de ser unidades económicas, por mucho capital público que las financien, aunque este hecho trae como consecuencia que tenga que entrar en juego el Derecho público interno.

Se admite ya la posible renuncia tácita a la inmunidad de jurisdicción como ha entendido la *Cour de Cassation* en Sentencia de 6 julio año 2000, en el asunto *Creighton*²⁰⁴, donde tras haberse librado un arbitraje CCI y pretenderse su nulidad, la *Cour* razonó que al escoger en el convenio arbitral que la *lex arbitri* es el Reglamento CCI²⁰⁵, las partes han renunciado implícitamente a la inmunidad que les podría corresponder²⁰⁶.

La flexibilidad del arbitraje se muestra nítida en amplios procesos de privatización de empresas públicas o cuando se pretende atraer a inversores foráneos como así lo demuestra la relatada experiencia francesa, sumando a esa elasticidad otros criterios como la celeridad e incluso neutralidad frente a la propia jurisdicción nacional, especialmente si es pública.

Levantar, pues, la inmunidad jurisdiccional y de ejecución del Estado, es la clave de bóveda, para lo cual, por de pronto, hay que reflexionar sobre cuáles son las genuinas funciones de soberanía que tienen los Estados. Igualmente deben plantearse la verdadera justificación de la existencia de empresas públicas —tanto en clave de naturaleza jurídica como de Derecho de la competencia— y, asimismo, trazar y delinear las razones de por qué actúa en el tráfico internacional des-

²⁰⁴ *Société Creighton. c. Ministère des Finances de l'État du Qatar*.

²⁰⁵ En particular al actual art. 28.6º del citado Reglamento que establece: Todo laudo arbitral tiene carácter obligatorio para las partes. Por someter su conflicto a este reglamento, las partes se obligan a ejecutar sin dilación el laudo y renunciar a todas las vías de recurso o las que puedan válidamente renunciar.

²⁰⁶ R. Silva Romero, “La distinción entre el Estado y Administración y el arbitraje resultante en los contratos del Estado”, *Revista Internacional de Arbitraje*, junio-diciembre, 2004, pp. 155–187.

pojándose de su veste de poder, lo que tendrá como contrapartida el levantamiento del velo de esa personalidad jurídica.

En todo caso, sí conviene notar que del abatimiento de los privilegios que establece el art. 2.2^o²⁰⁷ LA hay que interpretarlo ampliamente, esto es, alcanzando al compromiso arbitral, el procedimiento, la igualdad entre partes y desde luego, la ejecución del laudo²⁰⁸ siempre que exista una aquiescencia previa del Estado. La palabra del Estado debe ser sagrada. Por otro lado, que una persona jurídica pública firme un convenio de sometimiento a la cláusula de arbitraje y luego, yendo contra sus propios actos, diga que es nula, parece que a primera vista viola varios principios generales del Derecho (además de los intrínsecos al Derecho internacional); así el principio del *non venire contra factum proprium*²⁰⁹ o los más elementales principios de buena fe, de cumplimiento de la palabra del Estado (principio denominado de “confianza legítima” o *Vertrauensschutz*, y que figura en el ordinal 3.1^o Ley 30/1992); y el principio del *estoppel* del Derecho inglés y norteamericano, que impide abusar de su propio mal hacer²¹⁰.

La delicada cuestión del examen de actos administrativo por árbitros internacionales, cuando nos encontremos ante el núcleo duro del arbitraje internacional, parece exigir una ley que aborde directamente el grave asunto del arbitraje internacional de personas jurídico-públicas. Mientras, la tensión continuará, y solamente mediante el juego de mercantilizar el acto administrativo con ficciones propias (y necesarias) del Derecho internacional podrá avanzarse en esta materia. Resulta indispensable una Ley de Arbitraje Internacional sobre las Administraciones, o una sección dentro de la LA, para evitar la actual dispersión de normas de habilitación y para que se refleje, sin ningún tipo de paliativos, las materias que puedan quedar sometidas

²⁰⁷ De conformidad con la exposición de diferentes Tratados Internacionales, la Ley de Arbitraje sostiene en el precepto referenciado, que “cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.”

²⁰⁸ La propia exposición de Motivos de la LA, señala: respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce también la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular.

²⁰⁹ L. Díez-Picazo y Ponce de León, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963, p. 134.

²¹⁰ J. Fellas, “Enforcing International Arbitration Agreements”, en J.H. Carter y J. Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 222.

a arbitramento para evitar depender del criterio hermenéutico de los tribunales locales y dotar de una seguridad jurídica sin precedentes al ordenamiento jurídico español.

VI. Conclusiones

El arbitraje administrativo no ha suscitado el júbilo extendido en el arbitraje inter privados debido a la comodidad de las Administraciones Públicas y los Estados de someter las controversias que se susciten ante una jurisdicción contenciosa. Sin embargo, el poder creciente de los inversionistas, y la necesidad del Estado de atraer inversión, está desembocando en un progresivo aumento de sujeción a arbitraje por el Estado o un apéndice de éste.

Los Estados hacen en ocasiones usos indebidos de sus potestades inmunitarias para evitar cumplir con el contenido de un laudo internacional, lo que agrava la confianza en el sistema y resulta inadmisibles desde el punto de vista del Derecho internacional. Cuando los Estados descienden al terreno comercial de lo privado, tiene que verse indefectiblemente despojados de las viejas prerrogativas con las que acostumbraban a lidiar en el arbitraje. Por tanto, deben distinguirse los actos de *iure gestio* de los de *iure imperii*, pudiendo estos últimos quedar sujetos también a arbitraje siempre que obre la habilitación legal pertinente.

Siempre que un Estado hubiera ratificado un convenio arbitral y hubiera admitido que una disputa quedara sometida a arbitraje, no puede evitarlo unilateralmente. Esto supondría violar todos los principios generales del Derecho indicados (*bona fides, non venire contra factum proprium*, confianza legítima, *estoppel*), debiendo generarse responsabilidades, en todo caso, por haber permitido la existencia de un arbitraje y anularse ante la jurisdicción local una vez conocido el resultado desfavorable.

Con la expresión "arbitraje administrativo" se denominan figuras distintas y distantes. El genuino arbitraje de Derecho administrativo es aquél en el que una Administración o un Estado son partes de un arbitraje y tienen que aceptar el laudo y su posterior ejecución. El resto de figuras se refieren a variopintas modalidades de actuación administrativa, bien endógena, bien exógena, en las que la decisión final puede quedar sujeta a un ulterior examen judicial, por lo que no son arbitrajes en sentido estricto. En ocasiones, además, constriñen al administrado a rendir sus argumentos de forma anticipada, lo que

potencia la defensa de la Administración ante la jurisdicción contenciosa.

Desde la tradicional prohibición iniciada con el Decreto de Bravo Murillo de 1852, se ha abierto una línea de aceptación del arbitraje que concierne al sector público que cada vez engloba actos de mayor relevancia para el Estado como puede ser la propia Deuda Pública. No obstante, la admisión del arbitraje se encuentra desperdigada en diferentes leyes, lo que no coadyuva a que se conozcan adecuadamente las materias que pueden quedar sujetas a arbitraje.

El concepto de orden público ha sido fuente de numerosas controversias sin que exista una postura unívoca sobre el significado del término. Cuando el Estado consienta someter sus diferencias a un arbitraje internacional debe ser el orden público internacional el único que tenga capacidad de anular un laudo.

Los inversionistas cuentan con ciertos riesgos a la hora de acometer la inversión. Los APPRI's suponen una garantía adicional de que la inversión no vaya a ser aprovechada por el Estado en perjuicio del inversionista extranjero. En ocasiones, los inversionistas extranjeros se muestran recelosos del sistema arbitral debido a la postura nacionalista que adoptan algunos tribunales locales ante la solicitud de nulidad de un laudo, prohiendo el conflicto como si de una cuestión de patriotismo se tratara anulando el laudo en perjuicio del inversor, que se convierte en un vencedor–vencido. Para paliar esta desconfianza, se incorporan cláusulas que ayudan a elevar la seguridad de la resolución arbitral, se acude a la legislación de terceros países e incluso a normas anacionales como la *lex mercatoria*.

La inmunidad de ejecución es más absoluta que la inmunidad de jurisdicción y se plantea la posibilidad de poder ejecutar los bienes que el Estado incumplidor del laudo pudiera poseer en un tercer Estado. Si dichos bienes no se encuentran protegidos por ningún tipo de inmunidad vía tratado ni se trataran de bienes de orden público internacional, como los de patrimonio histórico, nada debe impedir a ese tercer Estado que permita la ejecución de los bienes del Estado incumplidor. No obstante, no siempre resulta fácil proceder a la exacción de los bienes de un tercer Estado debido a que las relaciones diplomáticas que mantienen ambos Estados podrían quedar seriamente deterioradas. Sucede, entonces, una moderna protección diplomática.

La propia UE puede ser demandada en un arbitraje internacional. Por este motivo se ha promulgado el Reglamento 912/2014, de 23 de julio, que regula la forma en la que se debe gestionar la responsabili-

dad financiera entre los Estados miembros y la UE, ante la posibilidad de que una demanda sea presentada contra la UE aunque la infracción se hubiera cometido por un único Estado miembro, que será el que finalmente deba soportar las consecuencias económicas de su actuación.

Hay ciertas regeneraciones de algunos tabúes del arbitraje. Así, una nueva concepción del principio *kompetenz—kompetenz* que implique el control de judicial previo del arbitraje puede solventar la nulidad de laudos tras un largo y costoso procedimiento arbitral. Ciertamente esta opción sería válida sólo para supuestos en los que el laudo fuera ejecutable en un único Estado que reclamara la competencia de sus tribunales.

La impugnación del laudo ante la propia Corte era una de las exigencias más demandadas por las partes de un arbitraje, que no quieren dejar al arbitrio de un solo procedimiento el resultado del pleito. El nuevo Reglamento de CIMA se adapta de esta forma a tales pretensiones. La impugnación del laudo dentro de un procedimiento arbitral siempre ha causado una gran controversia. Por un lado, porque las decisiones arbitrales, a las que se les presupone una celeridad ventajista frente al enroque judicial, ven mermado ese poder atractivo del arbitraje. Pero por otro lado, las partes no quieren que el resultado de su controversia se decida ante una sola instancia, debiendo conjugarse ambas posturas para lograr un nexo unificador.

Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, R.: *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2014.
- ALONSO PUIG, J.M.: “Los árbitros: Selección, recusación y reemplazo”, *Themis*, nº 53, 2007.
- BARONA VILAR, S. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2011.
- BOGGIANO, A.: *Curso de Derecho Internacional Privado y Derecho de las relaciones internacionales privadas*, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 2000.
- CAIA, G.: *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1989.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F.J.: “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario Español de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. XXIII, 2007.

- CARTER, J.H. y FELLAS, J.: *International Commercial Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- CAZORLA PRIETO, L.M.: "El Arbitraje Deportivo", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.
- CIENFUEGOS MATEO, M.: "¿Pueden las jurisdicciones internacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia? De nuevo sobre la noción comunitaria de jurisdicción de un Estado Miembro", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 41, 2012.
- CREMADES, B.M.: "Los Estados y las empresas Públicas en su condición de socios en el comercio internacional", *Diario La Ley*, 1985.
- CREMADES, B.M. y CAIRNS, D.J.A.: "Orden público transnacional en el arbitraje internacional (cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable)", *Diario La Ley*, nº 5798, junio, 2003.
- CHIOVENDA, G.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1936.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2011.
- DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- DÍEZ–HOCHLEITNER, J.: "La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras", Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, jornadas sobre "La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina" de 11 y 12 diciembre 2003.
- DÍEZ HOECHLEITNER, J.: "El incierto futuro de los Acuerdos Bilaterales sobre Protección de Inversiones celebrados por los estados miembros de la Unión Europea", *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010.
- DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963.
- DORREGO DE CARLOS, A.: "El arbitraje en los contratos públicos", *Revista Jurídica de Castilla–León*, enero 2013.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V.: "El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nºs 39–40, Zaragoza, 2012.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*. Edición de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación entregada en el acto de investidura.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento nº 912/2014", *La Ley Unión Europea*, nº 18, 2014, pp. 5-27.
- : "El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 45–46, 2009.

- : “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. V, 2012.
- : “Un nuevo mundo jurídico: La *lex mercatoria* en América Latina”, *Estudios sobre la lex mercatoria* (J.A. Silva, coord.), México, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 61–127.
- : “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009.
- : *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y de MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013.
- FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B: *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: “Los cuadros del Museo del Prado (I) Reflexiones histórico y dogmático–jurídicas con ocasión del art. 132 (y 133.1) de la Constitución española de 1978”, *Administración y Constitución: Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, Presidencia del Gobierno, 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4.ed., Civitas, Madrid, 1994.
- GARCÍA ORTELLS, F., “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho público”, *Spain Arbitration Review*, nº 16, 2013.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Orden público como correctivo funcional: art. 12, apartado 3 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, dis.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.: “Arbitraje y contratación gubernamental”, *Spain Arbitration Review*, nº 15, 2012.
- GONZÁLEZ–VARAS IBÁÑEZ, S.: “Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico–administrativo, el ejemplo de la energía (energía renovable, instalaciones fotovoltaicas)”, *Diario La Ley* [LA LEY 4893/2014].
- GONZÁLEZ–VARAS IBÁÑEZ, S.: *Tratado de Derecho administrativo*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas– Thomson–Reuters, 2012.
- GONZALO QUIROGA, M.: *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje internacional*, tesis doctoral presentada en la UCM bajo la dirección del prof. Dr., J.C. Fernández Rozas.
- GRANADO HIJELMO, I.: “El arbitraje en Derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, enero–junio.
- GREENAWAY, J.: “Expectativas Legítimas – ¿dónde cabe este concepto en el derecho de las obligaciones bajo los tratados internacionales de inversión?”, *Servilex*, versión en línea.
- HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Zaragoza, Cometa, S.A., 2000.

- IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Madrid, Bosch, 2010.
- JIMÉNEZ BLANCO, G.: "El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros", *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010.
- KAISER, A.: *La miseria del intervencionismo: 1929–2008*, Madrid, Unión Editorial, 2013.
- LAZOUZI, M.: "L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois", *Revue critique de droit international privé*, vol. 99, nº. 4, 2010.
- MANTILLA–SERRANO, F.: "Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 2, julio–diciembre, 2009.
- MERINO MERCHÁN, J.F.: "La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional", *Ceu Ediciones*, nº 3, 2008.
- MERINO MERCHÁN, J.F.: "Comentarios a la Ley 11/2011 de 20 mayo reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje", *Noticias Jurídicas*, julio, 2011.
- MERINO MERCHÁN, J.F., y CHILLÓN MEDINA, J.C.: *Tratado de Derecho arbitral*, 4.ed., Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2014.
- REMÓN PEÑALVER, J.: "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", *InDret*, nº 3/2007.
- RIVERA, J.C.: "El orden público en el arbitraje", *Revista latinoamericana de Derecho*, nº 9/10, 2008.
- ROSA MORENO, J.: *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw–Hill, 1988.
- SCHREUER, C.: "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, nº 3, 2015..
- SILVA ROMERO, E.: "La distinción entre el Estado y Administración y el arbitraje resultante en los contratos del Estado", *Revista Internacional de Arbitraje*, junio–diciembre, 2004.
- SORIANO GARCÍA, J.E.: *El Poder, la Administración y los Jueces*, Madrid, Iustel, Madrid, 2012.
- TORNOS MAS, J.: "Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local", *Anuario del Gobierno Local*, nº 1, 1995.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.: "El arbitraje de Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997.
- VIRGÓS SORIANO, M.: "Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958", *Diario La Ley*, nº 6679, 2007 [LA LEY 1210/2007].
- VON MEHREN, A.T.: *Law in the United States. A General and Comparative View*, Boston, Kluwer, 1988.
- WÖSS, H.: "El orden público, Derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad den contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)", *Spain Arbitration Review*, nº 14, 2013.