

El arbitraje de derecho público.

Covadonga Isabel Ballesteros Panizo

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

**EL ARBITRAJE DE DERECHO
PÚBLICO**

**TESIS DOCTORAL
COVADONGA ISABEL BALLESTEROS PANIZO
BARCELONA, 2017**

UIC BARCELONA
Facultad de Derecho

EL ARBITRAJE DE DERECHO PÚBLICO

Tesis Doctoral

Covadonga Isabel Ballesteros Panizo
Dirigida por el Prof. Dr. Francisco Javier Junceda Moreno
Barcelona, 2017

Resumen

Esta tesis analiza la institución del arbitraje en el ámbito del Derecho público con tres objetivos: determinar si el arbitraje de Derecho público tiene encaje en la Constitución Española que encomienda a los tribunales de justicia la función de controlar la legalidad de la actuación administrativa y su sujeción al principio de legalidad; conocer si el mismo está ya reconocido en el ordenamiento jurídico español y en qué forma; y, una vez confirmada la constitucionalidad, analizar si las controversias de Derecho público son o no arbitrables y en caso afirmativo, cuál sería el criterio de arbitrabilidad. Y es que la presencia del interés general en una controversia de Derecho público hace cuanto menos dudar de la viabilidad del arbitraje en dicho ámbito.

Para alcanzar estos objetivos, se ha estudiado en profundidad, por un lado, la institución arbitral y sus elementos esenciales y, por el otro, se ha hecho un estudio de Derecho comparado con el ánimo de conocer si los ordenamientos de Estados Unidos, Francia e Italia, tienen regulado el arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo y, en su caso, en qué modo.

Résumé

Cette thèse analyse l'institution de l'arbitrage dans le champ du Droit public sur trois objectifs : déterminer si l'arbitrage de Droit public cadre dans la *Constitution Española* qui confie aux tribunaux de justice la fonction de contrôler la légalité de l'activité administrative et sa subjection au principe de légalité ; connaître s'il est déjà reconnu dans le système juridique espagnol et comment ; et finalement, une fois confirmée la constitutionnalité, procéder à l'analyse l'arbitrabilité ou la non-arbitrabilité des controverses de Droit public, et si c'est le cas, se demander quel serait le critère d'arbitrabilité. En effet la présence de l'intérêt général à propos d'une controverse publique provoque un certain doute de la faisabilité de l'arbitrage dans le domaine du Droit public.

Pour en arriver là, on a étudié en profondeur d'un côté, l'institution arbitrale et ses éléments essentiels et de l'autre, on a réalisé aussi une étude de Droit comparé, avec l'intention de connaître si les systèmes américain, français et italien disposent d'un régime d'arbitrage réglé dans le domaine du Droit administratif et de quelle façon.

A mi marido, Rafa

“Respetemos la majestad del tiempo; contemplemos con veneración los siglos pasados; no obstante, tratemos de no retrotraernos hacia ellos, porque no tienen nada de nuestra naturaleza real, y si pretendiéramos atraparlos, se desvanecerían.”

François de Chateaubriand

(Memorias de ultratumba, Libro VII, cap. 2)

Índice

Tabla de Abreviaturas	19
Introducción	23
Objetivos y relevancia de la investigación	23
Estructura y lógica interna de la investigación.....	24
Metodología.....	26
PARTE I	27
CAPÍTULO I. El arbitraje de Derecho público	29
1. Los métodos alternativos de resolución de conflictos	29
2. Métodos autocompositivos.....	30
2.1. La mediación	30
2.2. La conciliación.....	31
3. Métodos heterocompositivos.....	33
3.1. La jurisdicción del Estado	33
3.2. El arbitraje	34
3.2.1. Concepto	35
3.2.2. Naturaleza Jurídica.....	38
3.2.2.1. La teoría contractualista	38
3.2.2.2. La teoría jurisdiccionalista	40
3.2.2.3. La teoría ecléctica	42
3.2.2.4. La naturaleza jurídica autónoma del arbitraje	43

3.2.3. Notas determinantes o esenciales.....	46
3.2.3.1. La libertad y la autonomía de la voluntad	46
3.2.3.2. Carácter público del arbitraje	49
3.2.4. Tipos de arbitraje	52
3.2.4.1. Arbitraje de Derecho o de Equidad	52
3.2.4.2. Arbitraje Institucional o ad hoc	54
4. El arbitraje de Derecho público	56
4.1. Concepto	56
4.2. Naturaleza Jurídica	58
4.3. Notas determinantes.....	62
4.3.1. Libertad y autonomía de la voluntad.....	62
4.3.2. Carácter público del arbitraje de Derecho público.	63
4.4. Distinción entre figuras.....	64
4.5. Fundamento	69
4.6. Ventajas	79
4.6.1. La celeridad del procedimiento arbitral	79
4.6.2. La Flexibilidad	82
4.6.3. La Especialización	83
4.6.4. Neutralidad del foro	84
4.6.5. La confidencialidad.....	84
4.6.6. Adaptación de la Administración Pública al fenómeno de la <i>iusmercantilización</i>	85
4.6.7. Descarga de la jurisdicción contencioso- administrativa, prestación de un mejor servicio público. Eficacia del sistema. Eficiencia.	86

4.6.8. Mitigación de la hostilidad. Teoría de la seducción	89
5. Conclusión.....	92
CAPÍTULO II. El arbitraje de Derecho público y la Constitución Española de 1978	95
1. Introducción.....	95
2. La reserva jurisdiccional y el derecho a la tutela judicial	97
2.1. El principio de reserva de jurisdiccional	98
2.2. El derecho a la tutela judicial efectiva	101
3. El principio de legalidad y el principio de control jurisdiccional de la Administración Pública.	116
3.1. El principio de legalidad y los intereses generales como guía del actuar administrativo	117
3.2. El control jurisdiccional de la actividad administrativa	120
4. Conclusión.....	127
CAPÍTULO III. El arbitraje en la legislación administrativa vigente	131
1. Introducción.....	131
2. Ley General Presupuestaria.....	134
3. Ley de Patrimonio de las AA.PP.....	136
4. Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas	137
4.1. El artículo 86 de la Ley 39/2015.....	138
4.2. El artículo 112.2 de la Ley 39/2015.....	139
5. La contratación pública	151
5.1. Contratos de las Administraciones de carácter interno o nacional	152

5.2. Contratos de las Administraciones de carácter internacional (los celebrados en el extranjero y/o con empresas extranjeras).....	159
6. La actividad arbitral de la Administración	161
6.1. La actividad administrativa arbitral de la Administración Pública.....	162
6.2. La actividad del Sector Público como árbitro en conflictos <i>inter privatos</i>	164
6.2.1. <i>Arbitrajes</i> previos a la jurisdicción contencioso-administrativa	166
6.2.2. Arbitrajes excluyentes de la jurisdicción contencioso-administrativa	168
6.2.2.1. Sectores regulados	169
6.2.2.2. Sistema Arbitral de consumo	180
6.2.2.3. Conciliación extrajudicial en el deporte	184
7. La solución de controversias interadministrativas	186
7.1. Ámbito de aplicación subjetivo	191
7.2. Ámbito de aplicación objetivo.....	193
7.3. La Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de las Controversias Administrativas.....	194
7.4. Valoración.....	195
8. Conclusión.....	196
PARTE II	197
CAPÍTULO IV. Estudio de Derecho comparado: Estados Unidos, Francia e Italia	199
I. El arbitraje de Derecho público en Estados Unidos	199
1. El régimen jurídico administrativo en Estados Unidos	201

2. La <i>Administrative Procedure Act</i> y la influencia del movimiento <i>Alternative Dispute Resolution</i> en el procedimiento administrativo.	207
3. La <i>Administrative Dispute Resolution Act</i> de 1990. El arbitraje.	210
3.1. Regulación General. El arbitraje.	211
3.2. Conclusión.	222
4. La <i>ADR Act</i> de 1996.	225
4.1. Ejecutabilidad directa del laudo.	225
4.2. La confidencialidad.	227
4.3. El papel de la <i>Administrative Conference of the United States</i>	230
5. Implementación de la <i>Administrative Dispute Resolution Act</i>	232
5.1. Contratación Pública.	233
5.2. Responsabilidad Patrimonial de la Administración.	236
5.3. Medio Ambiente.	239
6. Conclusión.	243
II. El arbitraje de Derecho público en Francia	249
1. El régimen jurídico administrativo en Francia.	251
2. El sistema de justicia administrativa.	252
3. El principio de interdicción del arbitraje en el Derecho público.	255
3.1. El apartado primero del artículo 2060 del Código Civil Francés y el artículo 2061 del Código Civil Francés.	256
3.2. El artículo L. 721-3 del Código de Comercio francés.	258
4. Legislación excepcional en materia de arbitraje de Derecho público.	260

4.1. Excepciones <i>ratione personae</i>	260
4.1.1. Los establecimientos públicos de carácter industrial y mercantil	261
4.1.2. Los establecimientos públicos de carácter administrativo	265
4.2. Excepciones <i>ratione materiae</i>	266
4.2.1. La contratación pública.....	267
4.2.2. Contratos celebrados entre colectividades públicas y sociedades extranjeras “ <i>pour la réalisation d’opérations d’intérêt national</i> ”	268
4.2.3. Los contratos de asociación	269
5. Informe del Consejo de Estado: <i>Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative</i>	271
6. EL informe LABETOUILLE	273
7. Coloquio de 30 de septiembre de 2009	276
8. El proyecto LABETOUILLE bis.....	277
9. Procedimiento arbitral	277
9.1. El régimen jurídico aplicable al procedimiento arbitral	278
9.2. El compromiso arbitral	279
9.3. El juez de apoyo.....	281
9.4. El órgano arbitral	282
9.5. El procedimiento ante el tribunal arbitral y sus efectos.....	283
9.6. El laudo arbitral, su publicidad y su impugnabilidad ..	284
10. Conclusión.....	288

III. El arbitraje de Derecho público en Italia	293
1. El sistema de justicia administrativa italiano. Los derechos subjetivos y los intereses legítimos.....	295
2. El arbitraje en el Derecho administrativo italiano	301
2.1. Ley nº 205, de 21 de julio del 2000	302
2.2. Ley nº 195 del 15 de noviembre del 2011	308
2.2.1. Ámbito de aplicación objetivo	312
2.2.2. La impugnación del laudo.....	314
2.2.3. El arbitraje en la contratación Pública	316
3. Conclusión.....	320
PARTE II	325
CAPÍTULO V. El objeto del arbitraje de Derecho público	327
1. Introducción.....	327
2. Posicionamientos doctrinales	328
2.1. Lista cerrada de materias arbitrables	329
2.1.1. Las cuestiones susceptibles de arbitraje según la doctrina mayoritaria.....	334
2.1.2. Las cuestiones no susceptibles de arbitraje según la doctrina mayoritaria.....	339
2.2. Criterio general para la determinación de cuestiones arbitrables.....	342
3. Valoración crítica y anuncio de postura.....	347
4. El objeto del arbitraje en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.	348
4.1. El artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje	349
4.1.1. La disponibilidad en el Derecho común	350

4.1.1.1. Las normas dispositivas y las normas de ius cogens	351
4.1.1.2. Los derechos subjetivos	355
4.1.1.3. La transacción	359
4.1.1.4. El principio de justicia rogada o principio dispositivo	363
4.1.1.5. La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario	365
4.1.2. La arbitrabilidad.....	367
4.2. El artículo 9.1 LA. La voluntariedad.....	368
4.3. Conclusión.....	370
5. El objeto del arbitraje de Derecho Público.....	371
5.1. La disponibilidad en el Derecho Público.....	372
5.1.1. Normas dispositivas y normas imperativas.....	372
5.1.2. Los derechos subjetivos y los intereses legítimos en Derecho Administrativo.....	373
5.1.3. La transacción.....	379
5.1.4. El principio de justicia rogada o principio dispositivo.....	390
5.2. La arbitrabilidad en el Derecho Público.....	391
5.3. La voluntariedad.....	392
5.4. La actividad discrecional y la actividad reglada de la Administración Pública.....	394
6. Conclusión.....	398
Conclusiones generales	407
Conclusions	413
Bibliografía	419

Tabla de Abreviaturas

<i>ABA</i>	<i>American Bar Association</i>
<i>ACUS</i>	<i>Administrative Conference of the United States</i>
<i>ADR</i>	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
<i>ADR Act</i>	<i>Administrative Dispute Resolution Act</i>
<i>ADR Act de 1990</i>	<i>Administrative Dispute Resolution Act de 1990</i>
<i>ADR Act de 1996</i>	<i>Administrative Dispute Resolution Act de 1996</i>
<i>APA</i>	<i>Administrative Procedure Act</i>
<i>AGO</i>	<i>Autorità Giudiziaria Ordinaria</i>
<i>CCI</i>	<i>Chambres de Commerce et d'Industrie</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución Española</i>

CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<i>CERCLA</i>	<i>Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act</i>
CNMC	Comisión Nacional del Mercado y la Competencia
<i>CPRC</i>	<i>Conflict Prevention and Resolution Center</i>
DA	Disposición Adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado
<i>EEO</i>	<i>Equal Employment Opportunity,</i>
<i>EPA</i>	<i>Environmental Protection Agency</i>
EE.UU	Estados Unidos
<i>FOIA</i>	<i>Freedom of Information Act</i>
<i>IADRWG</i>	<i>Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group</i>
<i>ICC</i>	<i>Interstate Commerce Commission</i>

LA	Ley, 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
LOTT	Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres
Ley 39/2015	Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
RDSAC	Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo
<i>RFF</i>	<i>Réseau Ferré de France</i>
<i>SNCF</i>	<i>Société Nationale des Chemins de fer Français</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
TRLCSP	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
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

complementarias

TS Tribunal Supremo

USC United States Code

Introducción

Objetivos y relevancia de la investigación

La presente tesis analiza el criterio de arbitrabilidad recogido por el art. 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, con el objetivo de determinar si las controversias de carácter administrativo son o no arbitrables, y de comprobar si las mismas pueden entenderse comprendidas en su ámbito de aplicación.

Para ello, ha sido necesario el estudio exhaustivo de la institución arbitral con la finalidad de despejar las dudas que giran en torno a la constitucionalidad del arbitraje, en el ámbito del Derecho administrativo.

La complejidad del tema viene determinada por la presencia de los intereses generales en las controversias regidas por el Derecho administrativo. Y es que no resulta fácil hablar de la posibilidad de encomendar a la decisión de unos particulares la resolución de controversias, cuando el Derecho a aplicar tiene un carácter público y, como tal, está pensado para la protección del interés general, el interés de la comunidad.

El arbitraje de Derecho público ha suscitado, y sigue suscitando, polémica entre la doctrina administrativa sobre su necesidad, utilidad y eficacia. En este trabajo se abordan todas estas cuestiones con rigor científico y se delimita el marco en el que el legislador puede utilizar como referencia. No se pretende, por tanto, emitir opiniones personales acerca de la oportunidad o necesidad de hacerlo.

La relevancia del tema objeto de esta tesis se encuentra en la aparente dicotomía que presenta la admisibilidad del arbitraje de Derecho público: por un lado, las mayores cotas de libertad que se concederían al interesado al tratar de decidir sobre las vías de

resolución de sus conflictos con el sector público y, por otro, las eventuales vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva de los individuos afectados por una cuestión de Derecho público.

Despejar las dudas en torno a la arbitrabilidad de las controversias administrativas interesa también a la Administración Pública, que no es ajena al fenómeno de la iusmercantilización. En sus relaciones en el mercado con los operadores privados, el Sector Público se encuentra con que las empresas prefieren la agilidad y la flexibilidad del arbitraje, a la lentitud y rigidez de los procedimientos jurisdiccionales.

Estructura y lógica interna de la investigación

Esta tesis se estructura en tres partes y cuenta con un total de cinco capítulos.

La primera parte se compone de tres capítulos. El capítulo I (*El arbitraje de Derecho Público*) tiene por objeto el estudio exhaustivo de la institución arbitral y, en concreto, la determinación de su naturaleza jurídica y de sus rasgos esenciales. En el capítulo se hace una aportación conceptual sobre lo que debe entenderse por arbitraje de Derecho público, lo cual va a permitir distinguir esta figura de otras afines. Finalmente, en el primer capítulo se analiza el fundamento del tema de investigación.

En el capítulo II (*El arbitraje de Derecho público y la Constitución Española de 1978*) se ha analizado la viabilidad constitucional del arbitraje de Derecho público. El capítulo se puede dividir en dos grandes bloques, un primer bloque que analiza los preceptos constitucionales que afectan al arbitraje en general, ya sea de Derecho privado o de Derecho público (arts. 24 y 117.3 CE), y un segundo bloque que analiza los artículos de la Carta Magna que podrían ser un escollo al arbitraje de Derecho público (arts. 103.1 y 106.1 CE).

En el capítulo III (*Legislación vigente sobre el arbitraje de Derecho*) se aborda el estudio de la legislación administrativa en materia de arbitraje con el objetivo de averiguar si el arbitraje de Derecho público, tal y como queda definido en el capítulo I, está ya reconocido expresa o implícitamente en el ordenamiento jurídico español o, si por el contrario, no lo está.

La segunda parte la compone el capítulo IV (*Estudio de Derecho comparado: Estados Unidos, Francia e Italia*). Debido a la limitada discusión doctrinal existente en España resulta oportuno abrir la investigación a otros ordenamientos jurídicos. Este levantamiento de las fronteras tiene por objeto descubrir si en otros ordenamientos jurídicos está legalmente reconocido el arbitraje en el ámbito del Derecho público.

Los ordenamientos de Francia e Italia pertenecen, como el español, a la familia jurídica neorrománica. Ambos países gozan de una larga y prestigiosa tradición jurídica, lo cual, me ha permitido afrontar el estudio de Derecho comparado con la confianza y seguridad que estos ordenamientos otorgan. Al constatar que el país galo contiene un gran elenco de excepciones al principio general de interdicción del arbitraje de Derecho público y que el *Conseil d'État* se ha pronunciado sobre la cuestión, Francia se convirtió en un candidato idóneo para el estudio comparativo. Italia, por su parte, cuenta no solo con una regulación legal sobre el arbitraje de Derecho público, sino que además es abundante la doctrina sobre la cuestión.

Por otro lado, la elección del ordenamiento jurídico norteamericano se justifica, en la actual tendencia europea a la privatización de los servicios públicos y a la adopción de un sistema regulatorio mediante el sistema de agencias sobre los servicios de interés general. Cuestión en la que Estados Unidos tiene una dilatada experiencia (*public utilities*). Tendiendo Europa al modelo americano en el sistema de prestación de servicios, consideré conveniente analizar el sistema de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) adoptado por ese mismo modelo para la resolución de conflictos de interés general.

La última parte de la tesis está compuesta por el capítulo V (*El objeto del arbitraje de Derecho público*) que aborda la cuestión medular de esta tesis: la arbitrabilidad de las controversias sometidas a Derecho administrativo. Así, comprobada la constitucionalidad del arbitraje de Derecho público, el capítulo V tiene por objeto discernir qué criterio de arbitrabilidad es el más adecuado en el ámbito público y si es apto el criterio de disponibilidad adoptado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Finalmente, aparte del resto de capítulos, se recogen las principales conclusiones alcanzadas en esta investigación.

Metodología

La metodología empleada en esta investigación ha consistido en un análisis exhaustivo de las fuentes bibliográficas directa e indirectamente relacionadas con la cuestión objeto de estudio. También se ha abordado el estudio integral de la normativa y la jurisprudencia existente sobre la cuestión.

En el capítulo dedicado al Derecho comparado, la metodología ha consistido también en una investigación bibliográfica, normativa y jurisprudencial sobre el arbitraje de Derecho público. Para la construcción de ese capítulo se ha bebido directamente de las fuentes doctrinales y legislativas, sin traducción intermedia, pretendiendo en todo momento una lectura personal. En el cuerpo del texto, sin embargo, se ofrece la traducción de la normativa pues esa tarea permite una mejor y más ágil comprensión en la lectura.

Finalmente, el último capítulo se caracteriza, metodológicamente, por tratarse de un estudio enteramente interdisciplinar en el que entran en diálogo varias ramas de la ciencia jurídica: el Derecho administrativo, el Derecho civil, el Derecho procesal y el Derecho arbitral, que dada la intensidad y profundidad con que se estudia merece una mención aparte, dentro del Derecho procesal

PARTE I

CAPÍTULO I. El arbitraje de Derecho público

1. Los métodos alternativos de resolución de conflictos

Es un hecho innegable que la convivencia humana lleva aparejada la aparición de conflictos de muy distinta índole. Siendo algo inevitable, estos conflictos pueden, sin embargo, suponer una amenaza real para la paz social y el orden público. Por ello, el Derecho ha tratado siempre de dar respuesta a estas situaciones y ha procurado proporcionar los medios idóneos para que las disputas entre las personas se resuelvan con la mayor eficiencia posible tratando de dar a los contendientes la solución justa, en el menor tiempo posible.

Tradicionalmente, los medios de resolución de conflictos se han agrupado en dos grandes categorías: los autocompositivos y los heterocompositivos¹.

Los métodos autocompositivos son aquellos en los que la decisión final procede de las propias partes enfrentadas. En este tipo de métodos, las partes autorizan la intervención de un tercero para que les ayude a llegar a un acuerdo, con la particularidad de que las palabras y hechos del tercero no tienen fuerza vinculante para las partes. Entre los métodos autocompositivos destacan la mediación y la conciliación.

¹ GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 12 y ss.; *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 17 y ss.

Los métodos heterocompositivos, en cambio, son aquellas vías de resolución de controversias por los que las partes deciden someter su conflicto a la decisión de una o más personas imparciales, ajenas a la relación existente entre las ellas, para que decidan con fuerza vinculante. Entre los métodos heterocompositivos encontramos el proceso judicial y el arbitraje, en los que tanto el juez como el árbitro, gozando de una independencia absoluta, tienen encomendada la función de resolver con carácter vinculante la controversia que las partes les han confiado.

A continuación, se van a repasar brevemente cada una de las fórmulas de resolución de conflictos que se han mencionado, a efectos de diferenciarlas claramente y evitar la confusión que a veces se da entre ellas. Se va a centrar la atención en la institución del arbitraje con el ánimo de dejar claros su concepto, naturaleza y efectos. Así, los siguientes epígrafes resultan esenciales para el posterior análisis de la institución arbitral en la legislación administrativa vigente, así como cuando se trate de estudiar la constitucionalidad del arbitraje de Derecho Público y la arbitrabilidad de las cuestiones administrativas.

2. Métodos autocompositivos

Los métodos autocompositivos se encuentran hoy en auge. Al tratarse de métodos con un fuerte carácter negocial, donde las partes tratan de acercar sus posturas, con el objetivo de evitar la jurisdicción estatal, permiten, no sólo la obtención de soluciones rápidas, sino también, y sobre todo, salvar la relación entre las partes, evitando así el desgaste y distanciamiento entre ellas, que no pocas veces provocan el proceso judicial y el arbitraje. Entre los métodos autocompositivos destacan la mediación y la conciliación.

2.1. La mediación

En la mediación, el tercero imparcial elegido por las partes, dirige la discusión entre ellas y propone a cada una que renuncie a

parte de sus pretensiones, en aras de llegar a un acuerdo. El mediador no propone soluciones, si no que se limita a guiar a las partes hasta el acuerdo².

En el ámbito donde tiene más empuje este método alternativo de resolución de conflictos es en el ámbito familiar, así como en los conflictos relativos a la propiedad horizontal. En general, se trata de ámbitos donde los intereses encontrados son de carácter colectivo.

2.2. La conciliación

En la conciliación las partes nombran a un tercero imparcial para que les ayude a llegar a un acuerdo, evitando el recurso a la vía judicial. El conciliador trata de acercar a las partes enfrentadas y propone posibles soluciones a sus problemas; soluciones que en ningún caso serán vinculantes. Las partes no quedan, en consecuencia, obligadas por las orientaciones del conciliador.

En sistema jurídico español existe la conciliación judicial³, donde el juez trata de que las partes lleguen a un acuerdo antes de continuar con el procedimiento. La conciliación laboral⁴, por otro

² En el ordenamiento jurídico español la institución está regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley, la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y de consumo.

³ Art. 414 y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

⁴ Art. 63 a 68 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción laboral. En concreto el art. 63 con el título *Artículo 63 Conciliación o mediación previas*, establece:

Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del

lado, es obligatoria en el ordenamiento español. También existe la conciliación en el procedimiento contencioso-administrativo⁵.

La particularidad más relevante que presenta la conciliación es que el acuerdo adoptado por ese medio tendrá para las partes fuerza ejecutiva, en tanto se haya tomado en el marco de un procedimiento judicial, por lo que el juez podrá obligar a las partes al cumplimiento forzoso del acuerdo.

Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo.

⁵ El art. 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señala:

1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

3. Métodos heterocompositivos

En la terminología de GUASP, dos son los métodos heterocompositivos que se pueden encontrar, la jurisdicción estatal y el arbitraje. En un principio, la complementariedad de estas dos vías se percibió como inconciliable, sin embargo, hoy nadie duda sobre la misma, por las razones que se van a ver a continuación.

3.1. La jurisdicción del Estado

La jurisdicción es uno de los tres poderes irrenunciables del Estado cuya misión es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de unos órganos institucionalmente constituidos. En el sistema español el poder judicial es quien tiene encomendado el mandato constitucional de ejercer con exclusividad la potestad jurisdiccional, tal y como declara el art. 117 de la Constitución Española (en adelante, CE).

El artículo 24 CE consagra el derecho fundamental de todas las personas a la tutela judicial efectiva para hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De ello se deduce que el proceso judicial no es considerado un medio de resolución de conflictos más, sino el medio por excelencia. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, que la CE reconoce a *todas las personas*, con independencia de su nacionalidad y demás circunstancias personales. El reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se traduce, en la práctica, en un deber del Estado de prever un sistema judicial efectivo, donde las personas puedan, si esa es su voluntad, resolver a través del mismo sus controversias.

La independencia judicial asegura a las partes la imparcialidad del procedimiento y asegura la correcta aplicación de la ley, sin intromisiones de ningún tipo. Además, las normas de procedimiento dan seguridad a las partes y las sitúan en condiciones de igualdad. Recuérdese, también, que la sentencia judicial, transcurrido

determinado plazo de tiempo, deviene firme y por tanto es inmediatamente ejecutable.

Constitucionalmente, se prevén cuatro garantías procesales indiscutibles: el principio de igualdad de las partes, de audiencia, contradicción y prueba.

De lo dicho hasta aquí, se desprende una de las preguntas que motiva esta investigación, a saber: si es o no conciliable el arbitraje en el sistema jurídico español que proclama constitucionalmente el principio de reserva jurisdiccional. Pues bien, a esa pregunta cabe responder afirmativamente pues, si bien es cierto que los particulares no pueden ostentar potestades jurisdiccionales, pues el único que ostenta dichas potestades es el poder judicial, nada impide a los particulares acudir a un tercero distinto del juez a resolver sus disputas. Para aceptar esta afirmación es necesario considerar que la decisión arbitral no es jurisdiccional, sino que produce efectos de equivalencia jurisdiccional⁶. Dicho de otro modo, tal y como se va a demostrar en el siguiente epígrafe, el árbitro no posee potestades jurisdiccionales, sino que la decisión por él tomada tiene efectos equivalentes a los que produce una sentencia judicial.

3.2. El arbitraje

Procede abordar con detenimiento el análisis de la institución arbitral y dejar bien definidos el concepto, la naturaleza jurídica, los rasgos esenciales, y la tipología de arbitraje que es posible. Resulta necesario delimitar bien estos aspectos de la institución arbitral porque es frecuente encontrar entre la doctrina posturas encontradas en torno a lo qué es el arbitraje. Definir con precisión la institución arbitral es

⁶ SSTC 43/1988, del 16 de marzo y 62/1991, de 22 de marzo.

el primer paso que una investigación como la presente ha de superar para poder avanzar en ella con el rigor que se requiere⁷.

3.2.1. Concepto

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial, por el cual dos o más personas deciden voluntariamente⁸ someter su controversia a la decisión de un tercero independiente e imparcial distinto del juez predeterminado por la Ley. A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, aquí son las partes las que directa (arbitraje *ad hoc*) o indirectamente (arbitraje institucional) eligen a su árbitro o árbitros.

Uno de los principios rectores del arbitraje es, pues, la libertad; de lo que se deriva que la autonomía de la voluntad de las partes aparece como el fundamento de la institución arbitral⁹. Las partes, mediante el convenio arbitral, confían la solución de su controversia a un tercero imparcial; pero no solo el nacimiento del arbitraje depende

⁷ No se va a abordar aquí la cuestión relativa a la arbitrabilidad, pues es el núcleo de esta investigación. Por lo que el análisis de la cuestión se abordará con mayor detenimiento en el capítulo V de esta tesis.

⁸ La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI), de 21 de junio de 1985, en su art. 7 define el acuerdo de arbitraje como aquel *por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*

⁹ STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4:

“El arbitraje es un «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE).”

de la voluntad de las partes, sino que también dependen de ella su desarrollo y conclusión.

La primera definición legal de arbitraje¹⁰ la encontramos en el artículo 1 de la ya derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que disponía:

“Mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que pueden surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.”

La vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje o LA) no proporciona, en cambio, una definición expresa de arbitraje pero, como ha afirmado YAÑEZ VELASCO, ello no debe importar, pues la definición que se infiere del articulado es mucho más rica de lo que cualquier definición cerrada podría recoger¹¹.

La Ley de Arbitraje establece los principios rectores de la institución, dejando, a su vez, muchas cuestiones abiertas. Esta opción del legislador por no dar una definición cerrada aparece como un

¹⁰ A lo largo de nuestra historia legislativa arbitral encontramos 2 definiciones importantes sobre la institución del arbitraje, una en la Ley de Arbitraje Privado de 1953 y otra en la Ley de 1988.

La Ley de Arbitraje Privado de 1953 en su artículo segundo definía el arbitraje como *la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión*. Por su parte, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje definía el arbitraje en su artículo 1 como sigue: *Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho*.

¹¹ YAÑEZ VELASCO R., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 99 a 101.

acierto pues es, precisamente, ese carácter aperturista, lo que permite aceptar en el ámbito de aplicación material de la Ley una gran variedad de modalidades arbitrales¹².

Son muchas y muy variadas las notas características del arbitraje, pero sólo dos son esenciales a la institución: la autonomía de la voluntad¹³ y su carácter de equivalente jurisdiccional. Entre las otras notas características, se infieren del articulado de la Ley de Arbitraje, las siguientes: la imparcialidad y la independencia de los árbitros, la fuerza de cosa juzgada del laudo¹⁴, el principio antiformalista que rige en todo el procedimiento arbitral¹⁵ y la confidencialidad.

¹² Seguimos en este sentido a MARESCA LASA, A., *El Arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005, p. 28: “Esa carencia de definición legal puede ser vista como una ventaja, si tenemos en consideración que la falta de algún aspecto concreto no podrá implicar la negación del arbitraje; dado que por todos es conocido, que todo lo que no está expresamente prohibido se encuentra permitido. La inexistencia de una acotada y estricta definición del arbitraje puede dar pie a un margen más amplio de maniobra a la hora de admitir supuestos arbitrales.”

¹³ Artículo 9 en su apartado primero, establece:

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

¹⁴ Artículo 43 *Cosa juzgada y revisión de laudos*

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

¹⁵ Artículo 25 *Determinación del procedimiento*

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones.

3.2.2. Naturaleza Jurídica

Amplia y permanente es la discusión doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, y ello se debe a la diversidad de factores y actuaciones de distinta naturaleza que intervienen en el proceso arbitral.

En relación con la naturaleza jurídica del arbitraje, se han distinguido dos líneas teóricas: la teoría *jurisdiccionalista* y la teoría *contractualista*. Después, como respuesta a estas dos concepciones, surgieron la teoría ecléctica o mixta y la teoría negocial-procesal del arbitraje.

Determinar la naturaleza jurídica del arbitraje va a ser fundamental a la hora de encontrar respuestas a las preguntas que puedan surgir en torno a la Ley de Arbitraje. La decisión de definirla como contractual o jurisdiccional; o bien afirmar su carácter mixto; o defender la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje, va a tener una importancia decisiva cuando se trate de interpretar la Ley de Arbitraje¹⁶.

3.2.2.1. La teoría contractualista

El contractualismo arbitral¹⁷ fundamenta el arbitraje en el convenio arbitral o contrato. Según esta teoría, el arbitraje se justifica

¹⁶ En este sentido BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p.67.: “Determinar la naturaleza jurídica de una institución no es cuestión baladí. No se trata de una mera disquisición teórica. En cualquier caso, la posición que se adopte va a ser esencial para completar las lagunas que la ley de arbitraje presenta –que no son pocas(…)”

¹⁷ Entre los principales defensores de la teoría contractualista encontramos en España a GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en Derecho Español*, Bosch,

en la existencia de un convenio arbitral previo, y sin él no puede existir.

La voluntad de las partes es el fundamento del arbitraje, son ellas las que van a decidir todos y cada uno de los aspectos, de cómo se va a ir desarrollando el mismo. Pero lo característico de la teoría contractualista -también llamada teoría *privatista del arbitraje*- es que defiende que si hay contrato, no puede haber jurisdicción. Esta concepción niega que el árbitro tenga atribuida una función *equi-jurisdiccional*, negando así la posibilidad que de un contrato entre partes puedan producirse los mismos efectos que produce la sentencia judicial¹⁸.

La concepción contractualista del arbitraje no ha calado entre la doctrina; y es que, por más que se intente, no se pueden negar los efectos que reconoce la Ley de Arbitraje a la institución arbitral¹⁹, ni el carácter de equivalente jurisdiccional del arbitraje reconocido por el

Barcelona, 1956. GUASP fue el promotor de la Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953, una ley de carácter puramente privado y de carácter contractualista.

¹⁸ CASTILLO FREYRE, M. y VÁZQUEZ KUNZE, R., *El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*, Vol.1, Palestra, Perú, 2006, p.40: “Pero si quienes profesan una visión contractualista del Derecho fuesen consecuentes con su tesis, estarían sin duda en serio aprietos conceptuales. Pues, no lo olvidemos, la jurisdicción-y siempre siguiendo aquí la lógica contractualista-sería fruto también de un contrato: el así llamado contrato social. Esto no hace sino demostrar una de las grandes paradojas del contractualismo, a saber, asumir a rajatabla la naturaleza privada de los contratos cuando, precisamente, el contrato de los contratos no tiene esa simiente.”

¹⁹ Artículo 43 LA establece:

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

Tribunal Constitucional²⁰ que tiene como principal efecto la cosa juzgada del laudo arbitral²¹.

3.2.2.2. *La teoría jurisdiccionalista*

La teoría jurisdiccionalista²² entiende el arbitraje desde el punto de vista de la función del árbitro y de los efectos del laudo. Esta teoría califica la función del árbitro como jurisdiccional, pues defiende que está llevando a cabo la misma función que los jueces. La potestad que la ley otorga a los árbitros les habilita para juzgar como lo hacen los propios miembros del poder judicial, de ahí que el laudo tenga los mismos efectos de cosa juzgada que tiene la sentencia judicial.

Recuérdese a este respecto que la CE establece que la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²³, y el

²⁰ STC 62/1991, de 22 de marzo.

²¹ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 68: “Esta concepción, superada universalmente, no se sostiene en la actualidad, probablemente porque los componentes iuspublicistas y la eficacia del laudo arbitral impiden abogar por una concepción iusprivatista basada tan sólo en los componentes contractualitas. Estos últimos no alcanzan a explicar la naturaleza de la función ejercida por los árbitros, amén de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo arbitral.”

²² Los principales defensores de la teoría jurisdiccionalista encontramos en España a CARRERAS LLANSANA, J., “Contribución al estudio del arbitraje”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona 1962, pp. 433 y ss.; y SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Naturaleza Jurídica del arbitraje”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp.580 y ss.

²³ Art. 117.3 CE declara:

El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y

árbitro sólo juzga, no ejecuta. La potestad jurisdiccional en su plenitud corresponde única y exclusivamente a los jueces y tribunales. Es este el motivo por el que el Tribunal Constitucional ha subrayado que la función de los árbitros es *cuasi-jurisdiccional*²⁴; el árbitro está investido de la misma *auctoritas* con que lo está el juez, pero no del *imperium* del Estado: “*La razón no es otra que la labor de los árbitros alcanza hasta donde llega la autonomía de la voluntad*”²⁵. El árbitro no puede llevar a cabo la función de hacer ejecutar lo juzgado, con el consecuente uso de la fuerza; y es que el árbitro, tal y como declara el TC:

*“necesita el brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado”*²⁶

Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

²⁴ El TC ha calificado el arbitraje de “*equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es una decisión de conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada*” (STC 62/1991, de 22 de marzo)

²⁵ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p.69.

²⁶ ATC 259/1993, de 20 de julio. En este sentido también el ATC 326/1993, de 28 de octubre: “*Su declaración -la del árbitro- de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la Ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles. Los órganos del Poder Judicial limitan su intervención a despachar la ejecución «por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes» (art. 53, Ley*

Por este mismo motivo, porque el *imperium* es una potestad exclusiva del Estado, el árbitro puede declarar una medida cautelar, pero no puede ejecutarla.

3.2.2.3. *La teoría ecléctica*

La teoría ecléctica²⁷ -también llamada teoría “mixta”- pone en común las teorías contractualista y jurisdiccionalista, aceptando que el arbitraje tiene en su origen carácter contractual y en su desarrollo, conclusión y efectos naturaleza jurisdiccional.

Así, GASPAR LERA, distingue tres momentos en el arbitraje: un primer momento en el que se perfecciona el convenio arbitral, que se configura como un negocio privado; un segundo momento en el que la voluntad de las partes se materializa en un documento y va dirigido a lograr la aceptación de un árbitro generándose entre ellas y el árbitro un vínculo parecido al que genera el contrato de mandato; y un tercer momento en el que los árbitros ejercen la actividad pública de juzgar.

Esta ha sido la línea seguida por el TC al calificar al arbitraje de equivalente jurisdiccional. Con este calificativo, el TC ha reconocido la naturaleza compleja de la institución arbitral, admitiendo que en la misma se encuentran a la vez componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales²⁸.

del Arbitraje), salvo que anulen el laudo.” Sobre este punto volveremos al tratar de la constitucionalidad del arbitraje administrativo.

²⁷ Destaca GASPAR LERA, S. *El ámbito de Aplicación del Arbitraje*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998, p.56.

²⁸ En el ATC 259/1993, de 20 de julio, ya citado en el texto, el Tribunal declara: “Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello quedan extramuros de su ámbito

3.2.2.4. La naturaleza jurídica autónoma del arbitraje

“El arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza jurídica”, así se refiere BARONA VILAR a la naturaleza jurídica de la institución arbitral²⁹.

La autora defiende el carácter complejo del arbitraje, porque en él concurren en uno u otro momento y con distinta intensidad todos los elementos resaltados por las teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y procesalistas. BARONA VILAR para llegar a esta afirmación se pregunta sobre cuál es el elemento esencial del arbitraje: ¿es la voluntad de las partes expresada a través del convenio arbitral?, ¿es la función del árbitro y los efectos del laudo?, ¿o es el proceso? La autora responde a estas preguntas resolviendo que todas esas piezas o notas son esenciales para hablar de arbitraje³⁰.

aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición...Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del “juez”, titular de .a potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117CE), revestido, por tanto, de imperium, y del “árbitro”, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo(...) La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese casi está el quid de la cuestión. Efectivamente la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder.”

²⁹ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, pp.71 y ss. La autora es la principal defensora de la naturaleza autónoma del arbitraje.

³⁰ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p.72: “¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje

Resulta muy acertada la teoría defendida por BARONA VILAR. Y es que, en efecto, todos los elementos del arbitraje, desde el convenio arbitral hasta los efectos del laudo, pasando por la figura del árbitro y el proceso, son iguales en importancia. Pues, ciertamente, todos ellos son necesarios para conformar la institución.

Las teorías antes expuestas tratan de explicar el arbitraje únicamente desde uno de sus elementos (la teoría contractualista desde el convenio, la teoría jurisdiccionalista desde el laudo), y la teoría ecléctica, aunque lo intenta, tampoco llega a superar con éxito las teorías dualistas, pues en realidad trata de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje apoyándose en el “*elemento más relevante o definitorio*” de los que componen el arbitraje, pero sin descartar el resto, y siempre desde la dicotomía convenio-proceso³¹. Tanto las teorías dualistas como las sincréticas, siguiendo a MERINO MERCHAN y a CHILLÓN MEDINA, confunden el ser (la naturaleza) con el por qué (fundamento-convenio) y el para qué (finalidad-laudo) del arbitraje.

sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso?

Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir que el arbitraje es el arbitraje, y esa es su naturaleza jurídica. Afirmar esto supone -ciertamente- asumir parte de los argumentos que se esgrimen desde la posición ecléctica, como consecuencia de que efectivamente en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizás el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia el arbitraje es una categoría autónoma”

³¹MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3^a ed., Civitas, Cizur Menor, 2006, p.239.

El arbitraje se explica por sí mismo, como ocurre con otras instituciones jurídicas como el contrato, la patria potestad, la responsabilidad patrimonial o la desviación de poder.

Además, la autonomía legislativa con que en el sistema español se trata al arbitraje permite intuir su carácter autónomo. Aceptar que el arbitraje tiene una identidad propia permitirá interpretarlo, en muchas ocasiones, desde él mismo sin necesidad de acudir siempre a la teoría de los contratos, a la teoría jurisdiccional o a la teoría procesal. Como sostiene BARONA:

“Hay elementos propios del arbitraje que no necesitan ser interpretados desde la teoría general de los contratos y hay elementos en el proceso arbitral que son sui generis y no necesitan de la aplicación de las normas del proceso civil para su consideración. Se genera una interpretación desde el propio sistema arbitral.”³²

Otras veces, en cambio, al tratarse de una institución en potencia que siempre ha de actualizarse en su contexto (que es siempre genuino, y por eso impredecible) será necesario acudir a la norma más próxima para interpretar la institución arbitral (como ocurre, por ejemplo con la remisión que hace la Ley de Arbitraje en su art. 9.2 a las normas del contrato de adhesión, o con la remisión a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), cuando se trata de la ejecución forzosa del laudo). Esto no desvirtúa la naturaleza autónoma del arbitraje, como tampoco lo hace el hecho de compartir categorías jurídicas con otras instituciones³³.

³² BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p.73.

³³ MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a, *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2014, p.265: “Desde hace algunos años el

Una vez defendida la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje, procede ahora abordar el análisis de las notas esenciales de la institución, para poder definir bien qué es y qué no es un arbitraje, y evitar confusiones, pues como se va a tener ocasión de ver, a veces el legislador califica de arbitraje algo que no lo es verdaderamente por no reunir los requisitos esenciales.

3.2.3. Notas determinantes o esenciales

Las notas esenciales de la institución arbitral, sin las cuales esta quedaría desnaturalizada, son la voluntariedad y su carácter de equivalente jurisdiccional, analizado éste último, tanto desde el punto de vista del juez como del laudo, todo ello sin perjuicio del análisis que desde el punto de vista constitucional haremos más adelante. Son, pues, estas dos, y ninguna otra, las notas que hacen que un procedimiento de resolución de conflictos sea un arbitraje.

3.2.3.1. La libertad y la autonomía de la voluntad

El instituto del arbitraje se construye sobre el principio –que a la vez es derecho fundamental- de la libertad. La libertad entendida como principio aparece como el fundamento de los sistemas político-jurídicos occidentales, y ello queda reflejado en nuestra carta Magna

arbitraje tiene sus propios fundamentos y su propia finalidad, no hay que buscar esto fuera de sus confines, y con ello ha alcanzado su propia identidad institucional, cuyos perfiles le hacen distinto a otras categorías jurídicas, aun cuando pueda compartir con éstas elementos comunes. Pero eso ocurre en todas las áreas del ordenamiento jurídico, que no se cierran en compartimentos estancos sino que aparecen relacionados entre sí como vasos comunicantes, lo que facilita su interpretación y la estabilidad y seguridad del conjunto del ordenamiento como un todo.”

que en su primer artículo consagra la libertad como uno de los cuatro valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico³⁴.

La libertad como derecho fundamental de los ciudadanos es algo que recoge y protege de forma especial la Carta Magna española, pues no sólo se encuentra reconocida en los artículos 16, 17 y 20, en sus distintas manifestaciones, sino que todos los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional encuentran en la libertad su razón de ser.

De modo que el arbitraje es una manifestación de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español, pues el mismo no hace sino admitirlo como método de resolución de conflictos, promoviendo que los ciudadanos resuelvan sus controversias de la manera que consideren más oportuna, sin imposiciones de ningún tipo. El ciudadano es, pues, libre para decidir cómo quiere resolver sus problemas –siempre dentro de los límites que marca el orden público– y esa libertad debe quedar totalmente garantizada por el ordenamiento jurídico.

El sistema jurídico español ha articulado constitucionalmente un sistema heterocompositivo de carácter estatal de resolución de conflictos para que, si esa es la voluntad del ciudadano, tenga garantizada la tutela estatal. De ahí que el artículo 24 de la CE consagre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pero atentaría contra la libertad del ciudadano y, en consecuencia, contra su dignidad, obligarle a resolver sus disputas por un determinado método. De modo que es sobre la base del derecho-principio de la libertad sobre la que se construye el arbitraje.

³⁴ El artículo 1 CE en su apartado primero declara: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

Precisamente, porque *el arbitraje es consustancial al ámbito de la libertad humana*³⁵, toda la institución arbitral pivota sobre la libertad. El propio TC lo dejó así escrito en sentencia 259/1993, de 20 de julio, al decir que “*el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor*”. Podría decirse que no hay arbitraje si no hay una voluntad de las partes de conceder al árbitro un poder *quasi-jurisdiccional*³⁶. La autonomía de la voluntad es el motor del arbitraje, no sólo en la fase previa al procedimiento, sino también durante el mismo.

Al suponer el arbitraje una renuncia a la jurisdicción, y por tanto, una renuncia en el caso concreto al acceso a la tutela judicial, que la decisión de acudir al mismo se ha tomado libremente debe quedar plenamente garantizada, pues lo que está en riesgo es ni más ni menos que la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es por ello que la ley, exige que las partes hayan manifestado expresamente su voluntad de acudir al arbitraje³⁷, y por lo que prevé como motivos en que se puede basar la acción de anulación del laudo: la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, así como el haber decido el árbitro sobre cuestiones no sometidas a su decisión por las partes³⁸.

³⁵ MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3^a ed., Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 108.

³⁶ *Idem.* p. 127.

³⁷ El art. 9.1 LA establece:

“*El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*”

³⁸ El art. 41 LA, declara:

3.2.3.2. *Carácter público del arbitraje*

Al arbitraje se le conoce también con el nombre de jurisdicción paccionada o convencional, y es que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, lo que significa que produce los mismos efectos que la jurisdicción estatal. La admisión de esta cualidad del arbitraje es de una gran trascendencia, pues la misma, llevada hasta sus últimas consecuencias, produce unos efectos incontestables, sobre todo cuando se trata de trasladar la institución arbitral al ámbito del Derecho público.

La institución arbitral tiene un marcado carácter público. El carácter público, se encuentra en su origen y, sobre todo, en sus efectos. En su origen, en tanto que el arbitraje ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico como una forma de tutela más, con iguales efectos a los que produce la jurisdicción, y al haber investido al árbitro de *auctoritas*. En cuanto a sus efectos, por reconocer el carácter de cosa juzgada al laudo arbitral. Si se reconoce al arbitraje como *la*

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Que el laudo es contrario al orden público.

actividad equivalente a la jurisdicción del Estado, se está admitiendo que el árbitro es un *equijuez* y que el laudo es una *equisentencia*.

Conviene subrayar que para que el arbitraje sea verdadero arbitraje y, en consecuencia, pueda erigirse como equivalente jurisdiccional, es necesario que el mismo mantenga el mismo grado de garantías que se prevé en los artículos 24.1 y 117.3 CE para la jurisdicción estatal³⁹. Más concretamente, no puede hablarse de arbitraje si no puede hablarse de equivalente jurisdiccional, lo que exige que las garantías constitucionales estén cubiertas. Los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes en la sustanciación del procedimiento arbitral han sido declarados por la doctrina como de imperativos o esenciales. Así, de la observancia de dichos principios depende la existencia misma del arbitraje, tal y como vienen afirmando algunos autores⁴⁰.

De modo que en nuestro Estado de Derecho, en el que la libertad se erige como uno de los valores superiores del mismo, la jurisdicción y el arbitraje aparecen como copartícipes en la Administración de Justicia, cada uno en la posición que le atribuye nuestro ordenamiento jurídico: el poder judicial ejerciendo su función jurisdiccional con plena sujeción a la Constitución y a la Ley, y los árbitros desarrollando su autoridad dentro del ámbito de actuación pautado por

³⁹ SSTC 43/1988, de 16 de marzo; 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 174/1995, de 23 de noviembre; 176/1996, de 11 de noviembre de 1996.

⁴⁰ MERINO MERCHÁN, J. F., *El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.49; YAGÜEZ, A. “Comentarios a los artículos 21 a 29”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 347 y ss.; PRIETO-CASTRO, L. *La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 3, 1989.

las partes y sólo en lo que se refiere a la función de juzgar, no de ejecutar lo juzgado⁴¹.

Finalmente, y antes de entrar a analizar los distintos tipos de arbitraje, conviene detenerse y dar respuesta a una pregunta: ¿es esencial al arbitraje la inexistencia de vías de impugnación contra el laudo arbitral? Pues bien, a diferencia de lo que *a priori* puede parecer, y si bien es cierto que la fuerza de cosa juzgada del laudo es uno de los puntos fuertes del arbitraje, que lo presentan como alternativa atractiva a la vía jurisdiccional, la imposibilidad de recurrir el laudo no es un requisito esencial del arbitraje.

La posibilidad de impugnar el laudo en vía arbitral por motivos de fondo es perfectamente compatible con la institución arbitral, y así lo demuestra el hecho de que instituciones como la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA) y la Corte Española de Arbitraje admitan dicha posibilidad en sus respectivos reglamentos⁴².

⁴¹ MERINO MERCHÁN, J. F., *El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.31: “los jueces y tribunales como parte del poder judicial legitiman su función jurisdiccional mediante la sujeción a la Constitución y a la Ley(...); mientras que el árbitro es un producto de la radical y prístina libertad fundamental de los ciudadanos, especialmente amparada también por la Constitución (art. 1.1. y 17.1 CE), que se plasma en un convenio inter-partes, careciendo por ello de potestas en cuanto que no despliega una función pública permanente limitada sólo por su orden y competencia (artículo 9 LOPJ), sino que desarrolla su autoridad (auctoritas) por voluntad expresa de las partes en un concreto y determinado litigio –acotado en el tiempo y en la materia-, que podrá resolver con sujeción a Derecho o en equidad, según se lo pidan aquéllas.”

⁴² Reglamento Corte Española de Arbitraje en su art. 39 prevé la posibilidad de que las partes que hayan suscrito un convenio arbitral a favor de la Corte Española de Arbitraje y en el seno de un arbitraje administrado por la misma, puedan pactar un derecho de apelación del laudo, ya sea en el mismo convenio arbitral o con posterioridad a la celebración del mismo; y en el mismo sentido se expresa el

Por su parte, en el Derecho extranjero, no es extraño encontrar previstas vías de impugnación del laudo por motivos que van más allá de los defectos formales en que se hubiera podido incurrir. Así, por ejemplo, la *English Arbitration Act* de 1996 admite en su artículo 69, aunque sea limitadamente, un derecho de apelación sobre un punto legal.

De modo que lo verdaderamente esencial en el arbitraje es la voluntariedad, y su carácter de equivalente jurisdiccional.

3.2.4. Tipos de arbitraje

Se va a sistematizar en dos apartados los tipos de arbitraje que prevé la ley: por un lado, el arbitraje de Derecho y el arbitraje de Equidad; y, por otro, el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*.

3.2.4.1. Arbitraje de Derecho o de Equidad

El arbitraje de Derecho es aquel en el que el árbitro está obligado aplicar la ley para resolver sobre el fondo de la cuestión. Esto es, el laudo deberá estar jurídicamente fundamentado, debiendo respetar, en consecuencia, las normas jurídicas vigentes al tiempo de dictarlo. En el sistema español el arbitraje de Derecho es el que rige por defecto, salvo pronunciamiento expreso en contrario de las partes⁴³.

Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA) en sus art. 52 y ss.

⁴³ A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, la derogada ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, preveía la equidad como regla general. En concreto en su art. 4 establecía:

Y es que las partes pueden, si esa es su voluntad, pactar el arbitraje de equidad. En este tipo de arbitraje el árbitro decide en justicia, y no está obligado a aplicar el Derecho positivo al fondo del asunto. No es necesaria una motivación jurídica de su decisión, lo cual no significa que su decisión no deba ser razonada y congruente con lo solicitado por las partes.

A su vez, dentro del arbitraje de Derecho, y en función del tipo de interés que esté en juego, pueden distinguirse el arbitraje de Derecho privado y el arbitraje de Derecho público.

El arbitraje de Derecho privado es aquel arbitraje en el que las normas a aplicar y que servirán de fundamento al laudo son normas pertenecientes al ordenamiento jurídico-privado. Los intereses particulares de las partes definen el carácter privado del arbitraje, por lo que el árbitro deberá acudir al Derecho civil y /o al Derecho mercantil para dirimir la disputa.

El arbitraje de Derecho público, en cambio, es aquel en el que el Derecho a aplicar tiene un carácter público, y ello viene justificado por el interés general que está en juego en la controversia. Esto ocurre, habitualmente –que no siempre- cuando al menos una de las partes enfrentadas es una Administración Pública actuando en el ámbito del

1. Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes.

2. En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una Corporación o asociación en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento.

En cambio, la vigente Ley de Arbitraje en el apartado primero de su art. 34, dedicado a las normas aplicables al fondo de la controversia, establece:

“Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.”

Derecho público. Por tanto, el árbitro deberá aplicar a la controversia las normas de Derecho administrativo o de Derecho tributario, según el caso.

No es común encontrar entre la doctrina la distinción entre el arbitraje de Derecho privado y el arbitraje de Derecho público. En el sistema español el hábitat natural del arbitraje es el Derecho privado. Como va a ver ocasión de ver en el capítulo III existen en nuestro ordenamiento jurídico-público algunas figuras afines al arbitraje que no han sido desarrolladas, o no lo han sido propiamente; pero que no son arbitrajes propiamente dichos, como se verá. Así, por ejemplo, ocurre con el arbitraje al que se refiere el art. 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; el *arbitraje* interadministrativo introducido por la ley 11/2011, de 20 de mayo¹, y a otro tipo de arbitrajes que encontramos en la legislación administrativa. Sin embargo, el arbitraje de Derecho público *strictu sensu*, ya está reconocido en la legislación administrativa y como demuestran el artículo 7.3 de Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y el art. 31 de la Ley 3/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. No obstante, dichos preceptos no han tenido una aplicación prácticas, por lo que las dudas en torno al arbitraje de Derecho público siguen latentes.

3.2.4.2. Arbitraje Institucional o ad hoc

El arbitraje institucional es aquel por el que las partes en convenio deciden someter sus controversias a una institución o corte arbitral⁴⁴ que tiene como función administrar el arbitraje y nombrar a

⁴⁴ El art. 14 LA establece:

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

los árbitros que resolverán el conflicto. La institución arbitral, normalmente, tiene un reglamento al que las partes se someten en el momento en que le confían la administración de su controversia. En dicho reglamento, generalmente, se prevén las normas concretas a seguir desde el comienzo hasta el final del arbitraje (procedimientos a seguir para la presentación de las instancias, requisitos para ser árbitro, designación de árbitros, normas de procedimiento, todo lo referente al laudo, a las costas, a las medidas cautelares, etc.).

En este tipo de arbitraje sigue rigiendo el principio de la autonomía de la voluntad pues, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Arbitraje, la voluntad de las partes se puede integrar con la voluntad de la institución arbitral o por el Reglamento de la misma al que las partes en convenio hayan pactado encomendarse⁴⁵.

Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.

Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.

3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

⁴⁵ El art. 4 LA señala:

Cuando una disposición de esta ley:

Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34.

Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido(...)

Como ventaja principal del arbitraje institucional, destaca el hecho de que la imparcialidad de los árbitros y su especialización se encuentran garantizadas por la propia institución que los nombra. Así, el artículo 14.3, como novedad introducida por la Ley 11/2011, establece que serán las instituciones arbitrales las que:

“velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.”

Y el párrafo segundo del apartado primero del art. 21 añade:

“se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca.”

En el arbitraje *ad hoc*, en cambio, las partes designan directamente al árbitro o árbitros que se van a encargar de resolver su controversia y son ellas también las que fijan las normas que van a regir su arbitraje (procedimiento, plazos, árbitros, idioma etc.)

4. El arbitraje de Derecho público

Procede abordar ahora una de las cuestiones angulares de esta investigación, que es la de definir y analizar el concepto de arbitraje de Derecho público. En los siguientes apartados se va a demostrar que el arbitraje en el ámbito del Derecho público es esencialmente lo mismo que el arbitraje de Derecho privado. Defenderemos que el arbitraje es arbitraje con independencia del Derecho aplicable a los casos que se sometan al mismo.

4.1. Concepto

El arbitraje de Derecho público es un mecanismo de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción contencioso-

administrativa, por el que un tercero imparcial, elegido por las partes, resuelve conforme a Derecho los conflictos de Derecho administrativo existentes, generalmente⁴⁶, entre un administrado y una Administración Pública, siendo la opción por el procedimiento arbitral potestativa para el administrado y, una vez que se ha producido esta elección del administrado, obligatoria para la Administración.

El arbitraje de Derecho público no está reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico español, tal y como se ha definido aquí. Sin embargo, sí que está reconocido en cuanto a los elementos básicos, esto es, el arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos en donde el Derecho a aplicar tiene un carácter público. No obstante, los preceptos legales que lo prevén no han tenido una aplicación práctica⁴⁷, por lo que la configuración detallada del mismo y sus efectos está por ver. Por esa razón, las dudas en torno a la admisibilidad jurídica y constitucional del arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo siguen siendo notables. De ahí que a continuación se aborde la cuestión de la naturaleza jurídica del arbitraje de Derecho público, sus rasgos más esenciales, así como la razón de ser del mismo, y es que sobre estos elementos es sobre los que recaerá la viabilidad o no del arbitraje en el ordenamiento jurídico español.

⁴⁶ Se precisa con el adverbio *generalmente*, porque no siempre los conflictos de Derecho administrativo tienen como protagonista a una Administración Pública.

⁴⁷ Entre los preceptos legales más destacados que prevén el arbitraje de Derecho público, destacan: el artículo 7.3 de Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y el art. 31 de la Ley 3/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

4.2. Naturaleza Jurídica

Una de las cuestiones que es crucial abordar sobre el arbitraje de Derecho público es la de clarificar su naturaleza jurídica ¿El arbitraje que aquí se plantea es un arbitraje en sentido estricto? Esto es, ¿reúne el arbitraje de Derecho público las notas esenciales que se han analizado en los epígrafes anteriores?

Ante la definición que se ha dado del arbitraje de Derecho público podría oponerse que lo definido no responde a un verdadero arbitraje, alegando que el elemento de la obligatoriedad del arbitraje que pesa sobre la Administración es contrario a la esencia misma del arbitraje y, en consecuencia, la institución queda, por la presencia de dicha obligatoriedad, desnaturalizada.

Y es que, al definir el arbitraje y al tratar sobre su naturaleza jurídica ha quedado asentado que la libertad y la autonomía de la voluntad son el fundamento y motor del arbitraje. La consecuencia lógica de esta premisa sería la de que todos aquellos métodos de resolución de conflictos que no tengan a la libertad y a la autonomía de la voluntad como fundamento, no son auténticos arbitrajes. Ello ocurriría, sin duda, en aquellos arbitrajes que se rigen por el Derecho privado, donde las partes defienden intereses particulares. Sin embargo, cuando se trata del arbitraje de Derecho público, en el que una de las partes es, casi siempre, la Administración Pública que defiende el interés general, la institución arbitral adquiere -y así debe ser- algunos matices; pero esto no le resta naturaleza arbitral. Como se va a poder ver, la naturaleza del arbitraje público es exactamente la misma que la del arbitraje privado, esto es, autónoma; genuinamente arbitral.

Así, en el arbitraje de Derecho público, la autonomía de la voluntad del administrado no generaría ningún género de dudas pues él decidiría si querría o no acudir al arbitraje para resolver sus disputas. La autonomía de la voluntad de la Administración tampoco debería generar dudas, pues esta actúa, en virtud del principio de legalidad, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. De modo que la voluntad de la Administración está sometida a la voluntad del

legislador, por lo que si este previera el arbitraje para la resolución de ciertas cuestiones, aquella no debiera tener nada que objetar. La obligatoriedad para la Administración de recurrir al arbitraje aun cuando sea por mandato legal, podría, sin embargo, seguir generando rechazo o recelos entre la doctrina sobre la verdadera naturaleza arbitral de arbitraje de Derecho público. No obstante, ello es una reacción lógica teniendo en cuenta el origen privado de la institución, tal y como sucedió con la institución contractual.

El arbitraje es uno y el carácter privado o público del mismo es una cuestión adjetiva, que va a provocar algunas diferencias entre ellos; pero, en esencia, ambos responden a lo mismo. Para fundamentar esta afirmación, debe recordarse aquí la explicación que ofrece el profesor GARCÍA ENTERRÍA en relación con la institución contractual⁴⁸, pues resulta muy adecuada la evolución histórica y el sentido que hoy tiene la figura del contrato administrativo, en el ordenamiento jurídico-administrativo, siendo el mismo una institución de origen civil. Para ello es preciso remontarse a principios del s. XX, a la Escuela de Burdeos.

La Escuela de Burdeos (DUGUIT, JÉZE Y PEQUIGNOT, entre otros) fue la que impulsó la teoría del servicio público como razón de ser de todo el Derecho administrativo. Según esta Escuela en el contrato administrativo existen cláusulas de Derecho público que se desmarcan totalmente del Derecho común. JÉZE afirmará que, mientras los contratos civiles suponen una situación de igualdad entre las partes contratantes, en cambio, en el contrato administrativo las partes se saben en situación de desigualdad, pues mientras una de ellas defiende su propio interés, la otra es la defensora del interés general, el servicio público.

⁴⁸ GARCÍA ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 14ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015.

El criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común, que justificaba la existencia de un contrato administrativo distinto del contrato privado⁴⁹, quedó, sin embargo, obsoleto cuando se comprobó que era posible la gestión privada del servicio público, lo que hizo “*surgir un espíritu revisionista que vino a poner en cuestión las afirmaciones centrales que esa tesis expresaba.*”

GARCÍA DE ENTERRÍA critica que la teoría sustantivadora del contrato administrativo haya tratado de defender la autonomía radical del Derecho administrativo respecto del Derecho común. Vienen, aquí, al caso sus palabras:

“Por una tradición histórica bien conocida, las instituciones básicas del Derecho han sido formadas en el Derecho Civil, lo que no implica que no sea posible la aplicación de las mismas a otros sectores del ordenamiento ni que esta aplicación tenga que comportar un régimen institucional radicalmente diferente. En el Derecho Administrativo, como derecho propio de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos, como ya nos consta. El caso del contrato no es el único supuesto. El problema no ha de plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquiriendo cuáles son las modulaciones o variantes que

⁴⁹ *Ibidem* p. 727: “...la singularidad del contrato administrativo se vendría a definir justamente por su extravase de los módulos contractuales privados. Es lo que se llamará, rehabilitando un término histórico originado en el proceso de formación del Derecho Público, como independiente del Derecho Privado romano, el criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común. El contrato administrativo sería un contrato en el que están presentes cláusulas o contenidos contractuales de esa naturaleza, no explicables desde el Derecho común de obligaciones.”

introduce la presencia subjetiva de la Administración sobre la abstracta institución contractual."⁵⁰

Esta concepción es del todo trasladable al ámbito del arbitraje. La distinción que en Derecho contractual se hace entre contratos privados y contratos públicos, sin que ello lleve implícita la afirmación de que estos últimos tengan una naturaleza distinta a la contractual, puede hacerse en el ámbito arbitral, lo que llevaría a distinguir entre el arbitraje de Derecho privado y el arbitraje de Derecho público. Es la presencia del interés general, habitualmente representado por la Administración Pública, lo que hace necesario hacer algunas modulaciones o variantes sobre el arbitraje, sin que ello menoscabe la naturaleza del mismo. Como sostiene GARCIA DE ENTERRÍA, el Derecho público siempre se ha construido a partir del Derecho privado. El Derecho administrativo ha hecho suyas instituciones privadas y las ha modulado de modo que se adaptaran a las particularidades que le son propias, y que son consecuencia del interés general presente siempre en el Derecho público, sin que ello necesariamente desvirtúe la naturaleza jurídica de la institución.

El arbitraje de Derecho público, cuya viabilidad jurídica se aborda en esta investigación, tiene la misma naturaleza jurídica que el arbitraje de Derecho privado y, por tanto, se trata de un arbitraje *strictu sensu*. Es un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos de Derecho público en el que la autonomía de la voluntad de las partes será la que regirá todo el procedimiento arbitral, salvo en lo que se refiere al sometimiento a arbitraje, que en el caso de la Administración Pública su voluntad vendrá determinada por el legislador. De modo que en caso de que el particular se decida por el arbitraje, la Administración en las cuestiones así previstas legalmente, no tendrá más opción que la del arbitraje.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 729.

Como se ha visto, la función heterocompositiva y la libertad y la autonomía de la voluntad son los requisitos fundamentales del arbitraje y estos se reúnen tanto en el arbitraje de Derecho privado como en el arbitraje de Derecho público, aunque con algunos matices como se verá detenidamente en los siguientes apartados.

4.3. Notas determinantes

Procede aquí abordar la cuestión sobre los requisitos esenciales del arbitraje de Derecho público, para una mayor comprensión del camino que se va a ir trazando hasta llegar a últimos capítulos.

4.3.1. Libertad y autonomía de la voluntad

El arbitraje de Derecho público estará regido por la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes, que gobernará, como si de una norma se tratase, todo el procedimiento y la actuación del árbitro. La Administración Pública y el administrado decidirán conjuntamente todas las cuestiones relativas al procedimiento arbitral.

Sin embargo, la decisión sobre si acudir o no al arbitraje, renunciando, así, a la jurisdicción estatal, será exclusiva del administrado, debiendo la Administración Pública someterse a la decisión que, en cuanto al recurso al arbitraje, adopte el particular. En consecuencia, se plantea aquí un arbitraje obligatorio para el ente público. Podría pensarse que el hecho de que el arbitraje sea obligatorio para la Administración deja desvirtuada la institución, y ya no se trataría de un verdadero arbitraje. Sin embargo, tal y como se ha anunciado anteriormente, la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103 CE), de modo que su voluntad es la voluntad del legislador. Así las cosas, la voluntad de someterse a arbitraje la Administración estaría prevista en la Ley, con lo que de esta forma quedaría salvaguardado el principio de la autonomía de la voluntad que preside el arbitraje.

Como va a haber ocasión de estudiar en detalle en el capítulo II, dedicado a la constitucionalidad, este tipo de arbitraje encaja perfectamente en el marco constitucional español. La obligatoriedad del arbitraje para la Administración Pública, para el caso de que el administrado lo eligiera libre y conscientemente, no quedaría afectada por un vicio de inconstitucionalidad, pues los arbitrajes obligatorios son inconstitucionales en tanto en cuanto limitan la libertad de las personas y, en tanto en cuanto dicha limitación supone una privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁵¹.

Un sistema de arbitraje imperativo para la Administración sería necesario, al menos, en los primeros meses de vida del arbitraje público, debido a que parece que *a priori* sin conocer en la práctica la eficacia del sistema, la Administración difícilmente renunciaría a un foro conocido, en el que se siente cómoda, para ponerse en manos de un foro desconocido. Además, si bien es cierto que los particulares ansían la celeridad del procedimiento, la Administración no tiene en este punto el mismo sentir, en tanto que sus actos jurídicos están “blindados” por el privilegio de la ejecutividad⁵², con lo que no ve ventajas en que la verdad del asunto se esclarezca rápidamente.

4.3.2. Carácter público del arbitraje de Derecho público

Siguiendo con coherencia en la línea de razonamiento, si se afirma que el arbitraje de Derecho público es un verdadero arbitraje, ello significa que deberá tener el mismo carácter público que tiene el arbitraje de Derecho privado, en el sentido de que será un equivalente

⁵¹ STC 174/1995, de 23 de noviembre.

⁵² LOPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa*, nº 2, 1999, p. 16.

jurisdiccional y, en consecuencia, el laudo arbitral producirá los mismos efectos que produce la sentencia judicial.

De modo que, en el arbitraje de Derecho público, el árbitro se presenta como un *equijuez*, lo que significa que, en realidad, la única diferencia importante con el arbitraje de Derecho privado es el carácter público o privado del Derecho a aplicar, pero en lo esencial el papel del árbitro y los efectos del laudo son los mismos que en ambos tipos de arbitraje. Consecuencia inevitable si se parte de la premisa de que ambos son auténticos arbitrajes.

4.4. Distinción entre figuras

Aunque en el próximo capítulo va a haber ocasión de analizarlas en profundidad resulta imprescindible definir desde ya algunas figuras relacionadas con el arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo⁵³, para no confundirlas, como con frecuencia ocurre, con el arbitraje de Derecho público:

- Por un lado, se encuentra el arbitraje institucional de la Administración, novedad introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado.

La Disposición Adicional única de la Ley de Arbitraje prevé desde la citada reforma un procedimiento interadministrativo para los conflictos que se susciten entre Administraciones. No obstante, aunque este procedimiento venga previsto en la Ley de Arbitraje, tal y como han señalado autores como GARCÍA

⁵³ De acuerdo con la distinción hecha por GRANADO HIJELMO, Ignacio, “El Arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, 2005.

PÉREZ⁵⁴, no se trata de un arbitraje en sentido estricto, entre otras cosas, porque el tercero a quien se encomienda la resolución de la controversia, siendo ajeno a la misma, no es del todo imparcial, pues es el mismo Gobierno, quien, por delegación, resuelve.

- También dista del arbitraje de Derecho público, el arbitraje privado de la Administración. En estas situaciones la Administración actúa como un particular frente a otro particular, sometida al Derecho privado y despojada de todas sus prerrogativas, de modo que queda sometida a la Ley de Arbitraje que rige para cualquier otro particular. Como es el arbitraje que prevé el art. 50 del 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 (en adelante, TRLCSP).

- No debe confundirse tampoco el arbitraje de Derecho público con la conocida actividad arbitral de la Administración. En ella, la Administración actúa como árbitro en un conflicto ajeno que puede darse entre particulares. Así, en el ordenamiento jurídico español puede encontrarse la actividad administrativa arbitral en muchos ámbitos, como son, por ejemplo, las controversias surgidas en materia de consumo⁵⁵, de seguros privados⁵⁶, de deporte⁵⁷, en los sectores regulados⁵⁸, etc.

⁵⁴ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 161.

⁵⁵ Las *Juntas Arbitrales de Consumo*, Ley 26/1984, de 19 de Julio de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁵⁶ Las *Comisiones de Conciliación* para resolver las controversias entre las compañías aseguradoras y asegurados, Ley 33/84, de 2 de agosto, de ordenación del Seguro Privado.

⁵⁷ Los *Comités de Disciplina Deportiva*, Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

- Dista, a su vez, el arbitraje de Derecho público de la actividad administrativa consistente en resolver conflictos mediante órganos cuasi-jurisdiccionales, donde las decisiones son tomadas por órganos propiamente administrativos, y no por un tercero ajeno a la Administración. Nos referimos aquí, entre otros, a las Juntas Electorales, a los Tribunales económico-administrativos y a los Jurados de Expropiación Forzosa.

- Finalmente, tampoco debe confundirse con el arbitraje de Derecho público, el arbitraje previsto en el artículo 112.2 Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁵⁹ (en adelante, Ley 39/2015). En concreto, este precepto permite la sustitución del recurso de alzada y el potestativo de revisión por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje. Como se verá en el capítulo III, este precepto no ha sido desarrollado legislativamente y, sin embargo, si se llevara a la práctica traería un amplio abanico de posibilidades de regeneración de la vía administrativa y en muchas ocasiones evitaría el recurso a la vía judicial. Este procedimiento es el

⁵⁸ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

⁵⁹ Art. 112.2 Ley 39/2015 “ 2. *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 las personas 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.”

conocido habitualmente con el nombre de “arbitraje administrativo”

La existencia de esta gran variedad de figuras es lo que ha provocado la confusión conceptual en la doctrina administrativa que ha emprendido la tarea de estudiar la cuestión del arbitraje de Derecho público. Existe confusión tanto sobre el concepto de arbitraje como sobre los calificativos que lo acompañan habitualmente: “administrativo” y “público”. Así, algunos autores⁶⁰, entienden que el arbitraje es en sentido estricto un método heterocompositivo de resolución de conflictos de Derecho privado, y todo lo que no encaja aquí no puede ser denominado arbitraje, o al menos debe ser calificado de impropio o atípico. Otros, y sobre todo el legislador, en cambio, denominan arbitraje a todo procedimiento en que interviene un tercero imparcial, distinto del juez o tribunal, que tenga atribuida la facultad de decidir sobre una disputa.

Autores como GARCÍA PÉREZ denominan arbitraje administrativo al arbitraje que prevé la Ley 39/2015 en su artículo 112.2 como medio sustitutivo de los recursos administrativos⁶¹. TRAYTER JIMÉNEZ, por otro lado, ha optado por definir el arbitraje administrativo como aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros⁶².

⁶⁰ BELLIDO PENADÉS, R. y CUCARELLA GALIANA, L., *La solución no jurisdiccional de los litigios de Derecho Privado*, en ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 13ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

⁶¹ GARCÍA PÉREZ, Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

⁶² TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “El Arbitraje de Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*, nº143, 1997, p. 78.

MARESCA LASA, por su parte, ha llamado arbitraje administrativo al arbitraje definido al principio de este apartado y que aquí se ha calificado de arbitraje de Derecho público, aunque con la particularidad de que ella lo presenta como medio sustitutivo de las vías administrativa y contencioso-administrativa, a la vez.⁶³

Sea como fuere, cada una de estas figuras arbitrales que se han distinguido, y cuyo denominador común es la implicación que en ellas tiene la Administración Pública, son pequeños pasos que ha ido dando el legislador en dirección al arbitraje de Derecho público⁶⁴.

Se analizará especialmente en el capítulo III de este estudio, el art. 112.2 de la Ley 39/2015, por haber provocado una significativa discusión doctrinal que ha generado importantes aportaciones en la materia que aquí interesa.

Este estudio se centra en el arbitraje de Derecho público, entendido como un mecanismo de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción contencioso-administrativa, por el que un tercero imparcial, elegido por las partes, resuelve conforme a Derecho y con carácter firme y ejecutivo los conflictos de Derecho administrativo generalmente existentes entre un administrado y una Administración Pública, siendo la opción por el procedimiento arbitral potestativa para el administrado y, una vez que se ha producido esta elección del administrado, obligatoria para la Administración.

⁶³ MARESCA LASA, A., *El Arbitraje Administrativo*, Barcelona, UB, 2005. El arbitraje planteado por la autora no sólo sustituiría a la vía contencioso-administrativa, también a la vía administrativa.

⁶⁴ PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre el *arbitraje administrativo*, a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*”, nº1, 1999, p. 23: “...*clima legislativo favorable así a los acuerdos o convenios ciudadano-Administración y, por tanto, también a los procedimientos de transacción y arbitraje.*”

4.5. Fundamento

La causa fundamental que ha llevado a parte de la doctrina a abogar por la implantación y regulación del arbitraje de Derecho público es la crisis en la que durante muchos años se ha encontrado la jurisdicción contencioso-administrativa.

Hasta hace bien poco, la relevancia del arbitraje de Derecho público venía justificada principalmente por la situación de colapso en que se encontraba la justicia contencioso-administrativa, en España. Durante años, la doctrina administrativa ha estado demandando una reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, denunciando la grave situación en la se encontraba; pues la lentitud con que en ocasiones se resolvían los conflictos, por falta de medios humanos y materiales en los juzgados, acababa, en no pocas ocasiones, por provocar lesiones al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, ambos consagrados en el artículo 24 de la CE. Y es precisamente por esa razón, por la que una justicia tardía muchas veces no es justicia, por lo que la doctrina administrativa ha venido insistiendo en la necesidad de potenciar los medios alternativos de resolución de conflictos⁶⁵.

Es importante repasar aquí cuál era el sentir de la doctrina administrativista respecto de la justicia contencioso-administrativa, sensación generalizada que ha llevado a parte de la misma a mostrarse partidaria de fomentar los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito jurídico-público.

El profesor MARTIN MATEO, fue uno de los primeros administrativistas que analizó en profundidad la situación de la justicia en España:

⁶⁵ ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1998.

“La justicia no funciona en nuestro país y la contencioso-administrativa sería mejor, o al menos más barato, suprimirla, y eso que sus protagonistas son por lo general gente preparada, honesta y trabajadora.”⁶⁶

Y añade, refiriéndose a los métodos alternativos de resolución de conflictos de Derecho administrativo:

“sólo a mi juicio por ahí se puede solucionar el problema del desequilibrio rampante en que se encuentra la oferta y la demanda de justicia administrativa en nuestro país.”

Juan ROSA MORENO, discípulo de MARTIN MATEO, fue el primero en publicar una monografía sobre el arbitraje de Derecho público⁶⁷, y es en ese ensayo donde se evidencia su malestar con el funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Utiliza con frecuencia la palabra “crisis” para definir el colapso y la saturación en que se encontraba la justicia.

Según ROSA MORENO la crisis de la jurisdicción contencioso-administrativa va de la mano de la crisis de la Administración Pública:

“Por cuanto la rigidez de los procedimientos y estructuras administrativas, la inactividad administrativa y la todavía escasa articulación de parámetros participativos son factores, entre otros, que aumentan la conflictividad social de las decisiones públicas, por lo que las medidas destinadas a disminuir dichas imputaciones producen un efecto positivo sobre la eficacia de la justicia administrativa.”

⁶⁶ Prólogo de MARTÍN MATEO, R., en ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAWHILL, Madrid, 1998.

⁶⁷ Aunque él lo denominaba “arbitraje administrativo”, *ibidem*.

Y, ante ese incremento de la litigiosidad, ROSA MORENO aboga por la necesidad de implantar el arbitraje administrativo en España pues, en su opinión, por un lado, ayudaría a aumentar y mejorar la oferta y, por otro, ayudaría a reducir la demanda.

TORNOS MAS, por su parte, unos años antes, en una conferencia pronunciada en la Jornada sobre arbitraje en el Derecho administrativo celebrada el 9 de junio de 1994, hace una defensa del arbitraje público, justificándolo en parte en esa situación de crisis. Es de la opinión de que además de dar solución a los problemas de los ciudadanos se estaría descargando de trabajo a la jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁸.

GARCÍA PÉREZ publicó en 2011 una monografía con el título de *Arbitraje y Derecho Administrativo* en la que hace un análisis de la institución y la propone en el ámbito del Derecho administrativo con dos propósitos: la de aligerar la sobrecarga de la justicia y la de ofrecer una mayor protección a los ciudadanos en lo que se refiere a sus derechos frente a la justicia contencioso-administrativa. Así, su propuesta de arbitraje público encuentra su causa principalmente en la crisis judicial⁶⁹. Citando a MICHELE TARUFFO afirma que “*el éxito de las ADR es directamente proporcional-es más, es su consecuencia inmediata- a la ineficiencia de la justicia del Estado.*” Siendo así,

⁶⁸ TORNOS MAS, J. “El Arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura”, *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº6, 1995: “...se trata de mecanismos que pretenden buscar una solución justa conforme a derecho, aunque no pretenda, evidentemente, a través de sus resoluciones, hacer jurisprudencia. Podríamos decir que lo que más les interesa es dar satisfacción a la pretensión del administrado sin necesidad de tener que asumir la función de decir derecho con carácter general, pero sí de resolver conforme a derecho la pretensión que plantea el administrado. E indirectamente, aunque no sea su objetivo inmediato, también pretenden mejorar el funcionamiento de la justicia contencioso-administrativa...”

⁶⁹ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p.16.

GARCÍA PÉREZ entiende que no podemos sentirnos orgullosos del auge de los medios alternativos de resolución de conflictos, pues no hace más que evidenciar el estrepitoso fracaso del sistema judicial.

Para GARCÍA PÉREZ el arbitraje:

*“encuentra en su seno un campo casi virgen muy propicio para su ensayo (...) propicio por su efecto descongestionante de la Jurisdicción contencioso-administrativa; propicio también, y esta es la verdadera razón de ser de la técnica en su proyección jurídico-pública, porque permitirá proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente, haciendo posible la realización del Estado de Derecho y la superación de una crisis en la que tiene mucho que ver la desgobernanza (...)”*⁷⁰

MARESCA LASA destaca como causa inmediata de la necesidad de implantar el arbitraje público, la crisis de la jurisdicción contencioso-administrativa⁷¹. No obstante, es una de los pocos autores que defienden que el sistema arbitral público se justifica por sí mismo; entiende que es bueno *per se*, y así lo argumenta en su tesis doctoral⁷².

El legislador sabedor de que *“una justicia tardía o la meramente cautelar no satisfacen el derecho que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución”*⁷³ llevó a cabo importantes reformas para paliar la crisis

⁷⁰ GARCÍA PÉREZ, M., “La justicia administrativa en tiempos de crisis. Una apuesta por el arbitraje”, *AFDUC*, 16, 2012, pp. 05-109

⁷¹ También la autora se refiere en sus trabajos al “arbitraje administrativo”, MARESCA LASA, A., “El encaje constitucional del arbitraje administrativo”, *Anuario de justicia alternativa*, del Tribunal Arbitral de Barcelona, nº 9, Barcelona, 2008.

⁷² MARESCA LASA, A., *El Arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005.

⁷³ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS LJCA

de la justicia. Sin embargo, como podrá apreciarse, los datos aportados por el CGPJ evidencian que ninguna de esas reformas consiguió descongestionar efectivamente el contencioso-administrativo.

Entre las más significativas reformas destaca la Ley 29/1998, de 13 de julio, que reformaba la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). La LJCA de 1998 estaba llena de buenos propósitos⁷⁴.

Una de las novedades más importantes que vino a introducir la LJCA, con la intención de descongestionar los Tribunales de lo contencioso-administrativo y convencida del éxito que tendría en este sentido, fue la creación de los Juzgados unipersonales. Sin embargo, el éxito no fue tal, porque si bien es cierto que en la primera instancia los procedimientos tenían una duración razonable, cuando las partes apelaban la sentencia, se volvían a encontrar con el colapso de los Tribunales.

También son fruto de esta reforma la creación del procedimiento abreviado; la previsión de que el recurso de apelación contra las sentencias de los Juzgados unipersonales no tenga carácter universal, con el fin de descargar a los TSJ de los asuntos de menor entidad (con

⁷⁴ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la LJCA: “(...) la reforma compagina las medidas que garantizan la plenitud material de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo y el criterio favorable al ejercicio de las acciones y recursos y a la defensa de las partes, sin concesión alguna a tentaciones formalistas, con las que tienen por finalidad agilizar la resolución de los litigios. La preocupación por conseguir un equilibrio entre las garantías, tanto de los derechos e intereses públicos y privados en juego como del acierto y calidad de las decisiones judiciales, con la celeridad de los procesos y la efectividad de lo juzgado constituye uno de los ejes de la reforma”

algunas excepciones)⁷⁵; la elevación de las cuantías para el acceso al recurso de casación; la extensión de los efectos de una sentencia firme, a personas distintas de las partes que se encuentren en la misma situación personal o tributaria, con el fin de evitar la reiteración de procesos innecesarios; y el otorgamiento del carácter de cosa juzgada a los efectos de la ejecución forzosa al acuerdo alcanzado, por conciliación.

El legislador era, sin embargo, consciente de que dichas medidas serían insuficientes, y así lo hace saber en la propia Exposición de Motivos de la LJCA, al decir que:

“Bien es verdad que lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal. También es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos.”

A pesar de los esfuerzos del legislador, de hecho, la situación no solo no mejoró sino que el nivel de colapso era cada día mayor (basta con ver los estudios sobre la Panorámica de la Justicia de los años 2007 a 2011)⁷⁶.

⁷⁵ Sí que procederá el recurso cuando el asunto no haya sido resuelto en cuanto al fondo, también en los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales, en los litigios interadministrativos y cuando se resuelve la impugnación indirecta de disposiciones generales.

⁷⁶ Son significativos los datos que aportaba el estudio sobre la Panorámica de la Justicia del año 2011, realizado por el Servicio de Inspección del Consejo General del poder Judicial (www.poderjudicial.es). El estudio revela que respecto del año 2010 en el año 2011 en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ingresaron un

Pero la crisis judicial no afectaba únicamente a España, la mayoría de los países de la UE así como EE.UU también tenían un sistema de control judicial de la Administración saturado y poco eficaz.

Baste recordar la Recomendación (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo, en la que se instaba a los Gobiernos a promocionar el arbitraje⁷⁷.

Es significativo también el Informe del *Conseil d'Etat* francés, que se va a estudiar con detenimiento en esta investigación: *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*⁷⁸, y que debe su origen a la Ley de 1987 de Reforma de la Jurisdicción Administrativa, en la que se intentaba solucionar la situación de crisis que atravesaba el contencioso-administrativo francés.

Recuérdese, en la misma línea, el Borrador de Anteproyecto de Ley de Arbitraje Administrativo de 5 de septiembre de 2001, y del que resultó el Anteproyecto de Ley de 21 de diciembre de 2001, anteproyecto que nunca llegó a ver la luz por los problemas de

1,5% más de asuntos, se resolvieron un 4% menos y el número de asuntos en trámite al final del 2011 era de un 0,9% más elevado.

El informe del Servicio de Inspección dice literalmente que la “comparativa entre la situación entre el 2010 y 2011 muestra un deterioro al reducirse la tasa de resolución en un 4,8%, e incrementarse las de pendencia y resolución.”

⁷⁷ Recomendación del Comité de Ministros (86) nº 12, de 16 de septiembre de 1986.

⁷⁸ *Conseil d'État; Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative. Les études du Conseil d'État*. La Documentation Française. Paris, 1993, pp.83 y ss.

coordinación que se dieron dentro Ministerio de Justicia⁷⁹. Este borrador de anteproyecto se llevó a cabo, según se contenía en su Exposición de Motivos, con la intención de llevar a cabo una técnica alternativa de resolución de conflictos que contribuyera “*a priori, a disminuir la presión a la que se encuentran sometidos los órganos jurisdiccionales.*”⁸⁰

Así pues, como ha podido apreciarse, tanto la doctrina, como el legislador, de dentro y fuera de España, coincidían en que la justicia contencioso-administrativa estaba en crisis y que para solucionarla resultaba necesario potenciar los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho público.

Hoy, a pesar de los positivos efectos que han tenido algunas reformas legislativas⁸¹ sobre el colapso judicial, la justicia sigue

⁷⁹ PÉREZ MORENO, A. “Justicia Administrativa y fórmulas alternativas” en la obra de MONTORO Y CHINER, M. J., *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.

⁸⁰ Como es evidente, este borrador de anteproyecto va a servir de apoyo cuando se trate de analizar en profundidad el arbitraje de Derecho público, en los últimos capítulos de esta investigación.

⁸¹ Se trata de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal y del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero (RCL 2013, 304, 339), por el que se modificó el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (el «RDL 3/2013»). Los datos que presenta el informe sobre la Panorámica de la Justicia del año 2012, realizado por el Servicio de Inspección del Consejo General del poder Judicial⁸¹ revelan una mejoría importante de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como se puede comprobar, sólo en un año la litigiosidad en la jurisdicción contencioso-administrativa se redujo un 22,2%. Sin embargo, esa reducción también se debe a la crisis económica, pues si las causantes hubieran sido exclusivamente las reformas legislativas, hubiera sido de esperar que ese porcentaje en la reducción hubiera ido en aumento, o al menos se hubiera mantenido, cosa que no ha ocurrido, tal y como demuestra la Panorámica de la Justicia del año 2013, que recoge una reducción de la litigiosidad menor respecto

congestionada, tal y como demuestra la Panorámica de la Justicia del año 2014.

Como se ha podido observar, la mayor parte de la doctrina que se ha mostrado favorable al arbitraje de Derecho público lo hace en base a la situación coyuntural de crisis judicial.

Sea como fuere, la pregunta que se plantea es si la existencia de un arbitraje de Derecho público viene exclusivamente justificada por la situación de crisis judicial que pueda estar sufriendo un determinado país. Si el problema judicial estuviera en camino de resolverse, más aun, suponiendo que estuviera superada la crisis judicial, ¿tiene sentido hablar de arbitraje de Derecho público?, ¿qué motivaría entonces la existencia del mismo?

Independientemente del estado en que se encuentre la justicia, el arbitraje de Derecho público encuentra su fundamento en sí mismo. La importación de esta institución en el ámbito jurídico-público, con las especificidades que, en su caso, hagan falta, se presenta llena de ventajas, tanto para el ciudadano, como para la propia Administración Pública, así como para el funcionamiento de la misma y del poder judicial. Se quiere con esto remarcar, que las mismas causas que justifican el arbitraje en el ámbito privado, sirven para justificar su encuadramiento en el Derecho público. Y es que el fundamento último del arbitraje, tanto el de Derecho privado como el de Derecho público, es la libertad.

Tal y como señala BARONA VILAR, los métodos alternativos de resolución de conflictos no deben desplazar la actuación judicial, deben presentarse como vías alternativas y complementarias⁸². Los

del 2012, del 15,2% y la Panorámica del 2014, que recoge un aumento de la litigiosidad del 9% respecto del 2013.

⁸²BARONA VILAR, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Civitas, Cizur Menor, 2004, p. 76 : “Los cauces de las ADRs no pueden

jueces y árbitros en el ámbito de las relaciones jurídico-públicas, deberían actuar como lo están haciendo en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, esto es, como verdaderos aliados en la resolución de conflictos.

El arbitraje no es solo una respuesta a una coyuntura pasajera, sino que, como ya se ha puesto de manifiesto al hablar de la naturaleza jurídica de la institución, el arbitraje tiene su propia razón de ser, con su propia justificación doctrinal “*que no necesita encontrar sus propias raíces históricas y dogmáticas en la caótica situación procesal en que se encuentran los juzgados y tribunales.*”⁸³

Tampoco justifican el arbitraje las evidentes ventajas que presenta y que hacen que el mismo aparezca como una atractiva y eficaz alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa: la celeridad del procedimiento arbitral, la flexibilidad, la especialización, la neutralidad del foro, la confidencialidad, la adaptación de la Administración al fenómeno de la iusmercantilización y la descarga de la jurisdicción contencioso-administrativa, como efecto colateral. Sobre todo, donde el arbitraje encuentra su razón de ser es en la libertad. Por ello, las palabras de GARCIA PÉREZ al señalar que no

plantearse como una fórmula “contra” los tribunales, ni puede pensarse en las mismas como cauces exclusivamente privados de solución de conflictos. La colaboración de los tribunales es punto esencial en aras a esa efectiva tutela pretendida, y la configuración desde o en la Administración puede ser punto esencial para que efectivamente el sistema de las ADRs funcione. Consecuentemente, debe asumirse que el mejor sistema consiste en la coexistencia pacífica de ambas vías de tutela.”

⁸³ MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3^a ed., Civitas, Cizur Menor, 2014, p.330. MERINO MERCHÁN, J. F., *El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.32.

Véase sentencia del TC 217/1991, de 14 de diciembre.

podemos sentirnos orgullosos del auge de los medios alternativos de resolución de conflictos, pues no hace más que evidenciar el estrepitoso fracaso del sistema judicial, solo se entienden como fruto del desconocimiento de lo que aquí se ha señalado, a saber, que el arbitraje tiene en sí mismo el fundamento. Además, el auge de los ADR no hacen sino evidenciar una sociedad madura, donde la libertad del individuo rige efectivamente el actuar de los poderes públicos, y permite, ciertamente, el desarrollo de la personalidad del mismo.

Con la Revolución Francesa se conquistó la separación de poderes, y que los mismos ejercieran sus funciones con eficacia e imparcialidad; sin embargo, el Derecho y los sistemas políticos son productos culturales y como tales, están necesariamente abiertos a los cambios que la historia y la sociedad les imponen y, es que la sociedad de la época de la Revolución francesa poco tiene que ver con la actual. Hoy, los poderes públicos, por mandato constitucional, deben promover y garantizar la libertad del individuo, de modo que pueda, por ejemplo, resolver las disputas que se susciten en ámbitos de su libre disponibilidad, por el medio que libremente decida, siempre y cuando la controversia no afecte a terceros que no hayan prestado su consentimiento al arbitraje.

4.6. Ventajas

Procede, finalmente, abordar de forma ordenada –aunque ya han quedado apuntadas- la cuestión relativa a las principales ventajas que presenta el arbitraje de Derecho público, que si bien no son esenciales para la justificación del mismo, sí que lo revalorizan.

4.6.1. La celeridad del procedimiento arbitral

La celeridad es una de las principales ventajas del procedimiento arbitral. El arbitraje es un procedimiento habitualmente rápido. Y ha sido justamente esa celeridad lo que le ha convertido en un producto de moda, no sólo en el ordenamiento jurídico español, sino también en

el resto de los sistemas occidentales. La celeridad es la razón por la que en EE.UU los *ADR (Alternative Dispute Resolution)* han tenido tanto éxito. La rapidez con que se resuelven los conflictos mediante estos medios alternativos frente, al muchas veces, lento y poco eficaz sistema judicial, ha conseguido que cuando el ciudadano medio americano tiene un problema, se plantee acudir al arbitraje como una alternativa a la vía judicial.

Si bien es verdad que el sistema judicial español se ha agilizado, gracias en parte a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, lo cierto es que el arbitraje ofrece a las partes la garantía de que, salvo pacto en contrario, el procedimiento no va a durar más de seis meses (el artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje). Si se compara este dato con el que prevé la Panorámica de la Justicia de 2014 sobre la duración media de un contencioso-administrativo en primera instancia (casi 15 meses), pocas objeciones cabe oponer a este respecto.

Sin embargo, aunque se redujeran todavía más las duraciones medias de los procedimientos, el arbitraje se va a presentar siempre como una vía necesariamente más rápida a la judicial y es que en el arbitraje, en principio sólo hay una instancia, frente al laudo solo cabe la acción de anulación por motivos formales⁸⁴. En efecto, en principio,

⁸⁴ Artículo 40 *Acción de anulación del laudo*

Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.

Artículo 41 *Motivos*

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

y salvo que las partes pacten lo contrario o la institución arbitral prevea otra cosa, el laudo arbitral no se puede recurrir, de forma que resulta muy rápida la obtención de una resolución con fuerza ejecutiva que ponga fin al conflicto. Esta imposibilidad de impugnación es lo que suele determinar a las partes para optar por el arbitraje en lugar de por la vía judicial. Sin embargo, como se acaba de señalar, la única instancia no es un elemento esencial del arbitraje, en principio, nada impide que las partes pacten libremente un sistema de impugnación del laudo en vía arbitral, pues lo determinante en el arbitraje es la autonomía de la voluntad, el arbitraje será lo que las partes quieran que sea.

Esta posibilidad de impugnar el laudo, redundará en una mayor probabilidad de acierto del laudo, sin embargo, puede también afectar

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Que el laudo es contrario al orden público.

2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

negativamente a lo que tradicionalmente ha sido una de las principales ventajas del arbitraje, pues inevitablemente el procedimiento tendrá una duración mayor. En el arbitraje de Derecho público, nada impediría, por tanto, que para algunas cuestiones de especial importancia y trascendencia para el interés público, el laudo pudiera ser susceptible de impugnación⁸⁵, aunque ello supusiera una dilatación del procedimiento. Se trataría de articular un procedimiento de impugnación con unos plazos más breves de los previstos por la LJCA, para mantener así la ventaja de la celeridad del procedimiento arbitral.

4.6.2. La Flexibilidad

Uno de los principios rectores del arbitraje es el principio antiformalista (art. 25 LA)⁸⁶. La voluntad de las partes es ley en el arbitraje por lo que habrá que estar a lo que ellas de mutuo acuerdo dispongan. Como es obvio, este principio da una gran flexibilidad al procedimiento, permitiéndole adaptarse a las circunstancias de cada caso.

⁸⁵ Así por ejemplo, el artículo 39 del reglamento de la Corte Española de Arbitraje, prevé un plazo de cinco días para poder impugnar el laudo arbitral recaído en primera instancia.

⁸⁶ El artículo 25 LA establece:

“1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones

.2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.”

Además, la ausencia de normas procedimentales concretas tiene un efecto psicológico muy positivo en las partes, pues el procedimiento es mucho más suyo, lo controlan ellas personalmente y en consecuencia el grado de satisfacción con el laudo es mucho mayor⁸⁷.

4.6.3. La Especialización

Los árbitros serán juristas especializados en la materia, lo que otorga a los litigantes una gran tranquilidad y seguridad, pues queda así eliminado, en parte al menos, el riesgo a la obtención de un laudo arbitral de baja calidad técnica.

Para que se diera de verdad esta ventaja, sin embargo, el proceso de selección de los árbitros debería estar perfectamente reglado. Solo así se podría asegurar que, realmente, su especialización superara a la de los Jueces y tribunales contencioso-administrativos. Estos, además de ser jueces de carrera, suelen ser especialistas en la aplicación del Derecho administrativo. No sería suficiente, por tanto, para que las partes tuviesen incentivos para acudir al arbitraje, que los árbitros fueran *administrativistas*, sino que habría que garantizar que estuviesen especializados en una materia concreta dentro del ámbito del Derecho administrativo: expropiación forzosa, contratación pública, responsabilidad patrimonial de la administración, minas, montes, licencias, etc.

⁸⁷ MARESCA LASA, *El Arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005, p. 98: “Asimismo la personalización o la inmediatez que tienen las partes en el arbitraje, es mucho mayor que el proceso judicial(...), permite que tengan un conocimiento más directo, inmediato del transcurso del procedimiento, permitiendo hacer concesiones mutuas de manera más flexible. Ello repercute en el plano psicológico, dado que para las partes tiene una influencia positiva, aceptan el laudo con mayor nivel de satisfacción y de convencimiento.

4.6.4. Neutralidad del foro

El arbitraje de Derecho público también podría plantearse como una alternativa atractiva a efectos de garantizar la justicia material en el procedimiento.

No pocas veces se ha criticado que en el proceso contencioso-administrativo no existe una verdadera justicia material, dado que el administrado no siente que exista una efectiva situación de igualdad frente a la Administración, pues el poder judicial, aunque independiente e imparcial, no deja de ser un poder del Estado más, como lo es el poder ejecutivo. Que dos poderes del Estado en un mismo procedimiento coincidan uno como juzgador y otro como parte en el proceso, aun cuando existe independencia entre ambos, no pocas veces crea en el particular cierta sensación de inseguridad y de desigualdad. De modo que desde la perspectiva del administrado, el arbitraje se presentaría, así, como un foro verdaderamente neutral, despojados de cualquier connotación estatal.

4.6.5. La confidencialidad

La confidencialidad es, y lo ha sido siempre, una de las principales ventajas del arbitraje. Las partes en un procedimiento arbitral gozan de la seguridad de que aquello que allí se discute nunca saldrá a la luz, lo que les garantiza que tras el laudo su reputación quedará salvada.

En el arbitraje de Derecho público, sin embargo, parecen encontrarse el interés público que guía el actuar de la Administración y la confidencialidad propia del arbitraje. Parece, no obstante, que ambos conceptos son conciliables. Así, quizás cabría plantear la

posibilidad de garantizar la publicidad del procedimiento arbitral, así como del laudo⁸⁸.

4.6.6. Adaptación de la Administración Pública al fenómeno de la *iusmercantilización*.

La Administración Pública no es ajena al fenómeno que se ha dado en llamar de generalización del Derecho mercantil, muy al contrario, el sector público es un agente económico fundamental en el mercado, y como tal debe adaptarse a los nuevos tiempos. El éxito del arbitraje en el mundo mercantil es plausible, pues es una figura que se adapta con perfección a las reglas del mercado, en el que la inmediatez y la flexibilidad son cruciales⁸⁹.

Los agentes económicos no se sienten cómodos en las formas y procedimientos previstos por el Derecho administrativo, y hoy se ven obligados a lidiar con él por el marcado protagonismo que tiene la Administración Pública en el mercado. El arbitraje se presenta, así, como una alternativa eficaz, donde las ventajas hasta aquí destacadas (la celeridad, la agilidad y la flexibilidad del procedimiento, la especialización de los neutrales, así como la situación de igualdad en que se encuentran las partes) hacen del mismo un instrumento idóneo para la resolución de cuestiones patrimoniales.

⁸⁸ Es esta una cuestión de gran trascendencia, que merecería la pena tratar en profundidad en futuros trabajos de investigación.

⁸⁹ Se refieren al fenómeno de la *iusmercantilización* en general, MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ªed., Civitas, Cizur Menor, 2014.

4.6.7. Descarga de la jurisdicción contencioso-administrativa, prestación de un mejor servicio público. Eficacia del sistema. Eficiencia.

La existencia de un arbitraje de Derecho público como una vía alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa descargaría de trabajo a los jueces, pues muchos de los asuntos serían conocidos por los árbitros y, así, los jueces y tribunales conocerían únicamente de los temas estrictamente que se considere necesarios por razones de política legislativa.

El arbitraje público sirve, entonces, como instrumento para descargar al sistema judicial, pues, como defiende ROSA MORENO, ayudaría a mejorar la oferta y a reducir la demanda. Así autores, como MARTÍN MATEO, alegan que *“es preciso reducir el flujo de asuntos contenciosos y hacer que lleguen a la sede judicial los que indeclinablemente deben ser resueltos por los jueces”*⁹⁰. Y es que, al verse descargados de asuntos, los jueces podrían dedicar más atención a cada caso y volcar en sus decisiones todo su conocimiento y experiencia. Al no tener que resolver a toda prisa, el ciudadano obtendría una resolución de mucha más calidad y en menos tiempo, de lo que la obtendría si no existiera una vía alternativa a la judicial⁹¹. Y

⁹⁰ Prólogo de MARTÍN MATEO, R., en ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAWHILL, Madrid, 1998.

⁹¹ *“En efecto, las vías complementarias consisten en mecanismos rápidos, no formales, en los que la reducción de costes es significativa, y que producen efectos positivos tanto para la justicia como para la relación Administración –ciudadanos; para la justicia por cuanto contribuir a disminuir el número de pleitos depositados ante la jurisdicción es contribuir a mejorar la calidad de la jurisprudencia y a reducir el tiempo de respuesta; para la relación Administración- ciudadanos por cuanto que sirven de útiles para la resolución de conflictos en base a criterios de eficacia.”* ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAWHILL, Madrid, 1998.

es que, por lo general, los jueces y magistrados, y demás profesionales que componen nuestro sistema judicial, son personas serias y bien formadas que tratan de hacer bien su trabajo y que procuran cumplir con su deber, pero muchas veces es el propio sistema y su sobrecarga lo que les impide atender en tiempo y forma las demandas de los ciudadanos.

Además, el arbitraje público evitaría *la proliferación de recursos innecesarios*⁹², pues el laudo, como ocurre en el arbitraje de Derecho privado, en principio, sería firme, de modo que salvo disposición expresa de las partes, estas no gozarían de recurso alguno contra el mismo, salvo que concurriera alguna de las causas que podrían dar lugar a la acción de anulación.

Se trata además de una solución muy eficiente dado que, sin necesidad de dotar a la justicia de más medios, se estarían consiguiendo unos mejores resultados tanto en cuanto a la calidad de las decisiones como en cuanto al tiempo de su resolución. Lo que no quiere decir que, además, pueda ser necesaria o conveniente, una mayor dotación presupuestaria para mejorar el sistema judicial español, tanto en lo que se refiere a medios materiales como humanos. Vienen aquí al caso las palabras de DÍEZ-PICAZO sobre este punto, aun cuando las escribió en referencia al arbitraje de Derecho privado:

*“Es más sensato, en consecuencia, tener menos jueces, y más rigurosamente seleccionados y derivar la resolución de gran parte de los conflictos...hacia órganos no judiciales de composición y arbitraje, más rápidos y flexibles.”*⁹³

⁹² Exposición de Motivos de la LJCA.

⁹³ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Notas de derecho comprado sobre la independencia judicial*, Revista Española de Derecho Civil, núm. 34, 1992, p. 26.

En palabras de MARTIN MATEO, se trataría, así, de conseguir en la medida de lo posible una *justicia sostenible*, lo menos contaminada posible⁹⁴.

Por otro lado, y atendiendo a la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español⁹⁵, se entiende que el Estado debe de dar la opción a sus ciudadanos de resolver sus controversias acudiendo o no a los Tribunales como quieran- siempre, claro está, dentro del marco de la legalidad- y, para ello, es necesario que el legislador les autorice a acudir a métodos alternativos a la vía judicial, aun cuando la contraparte sea una Administración Pública.

La previsión legislativa del arbitraje de Derecho público está también de acuerdo con los principios del Estado Social, pues, si bien es cierto que este es un Estado que se caracteriza por el intervencionismo para corregir las desigualdades, también es cierto que debe procurar potenciar el libre desarrollo de la personalidad e intentar incidir lo menos posible en la esfera personal.

Por otra parte, la sociedad actual tiene un único protagonista, la empresa privada, por lo que son sus reglas las que rigen en las

⁹⁴ Prólogo de MARTÍN MATEO, R., en ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAWHILL, Madrid, 1998: “*Trasladando a este campo conceptos acuñados en el de la tutela ambiental, en el que me muevo con más seguridad, podríamos decir que el objetivo de erradicación total de la injusticia es tan inalcanzable como el de contaminación cero, quedémonos en un punto razonable, que podríamos calificar como el de justicia sostenible*”

⁹⁵ Artículo 1.1 CE:

“*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*”

relaciones privadas y las que se van imponiendo en las relaciones jurídico-públicas⁹⁶.

Es cierto que en el arbitraje de Derecho público, la mayor parte de las veces una de las partes será la Administración Pública, y por tanto, *a priori*, no solo estarán en juego los intereses privados, como puede ocurrir en el arbitraje de Derecho privado. Por ello, habrá que estudiar con detalle, y a ello se dedican el Capítulo V de esta investigación, qué pretensiones podrían someterse al arbitraje de Derecho público que aquí se plantea y cuáles deberían quedar reservadas exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.6.8. Mitigación de la hostilidad. Teoría de la seducción

La flexibilidad del procedimiento arbitral mitiga en parte la hostilidad que de ordinario existe entre partes en conflicto⁹⁷. Se ha señalado⁹⁸ que una de las ventajas del arbitraje es que en él:

⁹⁶ MARESCA LASA, A., *El Arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005, pp.118 y 119: “En los últimos lustros del siglo XX y en estos inicios del XXI, la evolución del Estado marcada por el creciente protagonismo del mercado privado y de la iniciativa económica privada, el fenómeno de la “huida del derecho administrativo”, la “teoría de la seducción” francesa, el fenómeno de la “autorregulación” por los operadores privados o incluso el fenómeno de la “autorregulación regulada”, del “método Hermes”...implicando cambios importantes en la organización y en las formas de actuación del Estado y en sus relaciones con los ciudadanos, dando preferencia a las formas de actuación de naturaleza negocial, convencional, de actuación acordada con los interesados.”

⁹⁷ GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 182.

⁹⁸ SENGER, J. M., *Federal Dispute Resolution, using ADR with the US Government*. Jossey Bass, San Francisco, 2004.

*“la relación de las partes no es de rivalidad, no es de ganador-perdedor (winner-loser), sino que las partes se sitúan en una relación de igual a igual con el objetivo de ganar las dos (winner-winner)”*⁹⁹.

Sin embargo, esto no es del todo cierto, pues a partir de la experiencia práctica, propia y ajena¹⁰⁰ en el arbitraje la rivalidad está plenamente presente. Las partes en un procedimiento arbitral, como en un procedimiento judicial, están enfrentadas, tienen intereses opuestos, y, a la hora de resolver su conflicto, pretenden obtener una resolución en que cada una vea satisfechas sus pretensiones y, por consiguiente, en la que una gane y la otra pierda (*winer-loser*). Ahora bien, si bien es cierto que la rivalidad en el arbitraje está presente, no es menos cierto que la flexibilidad del procedimiento aligera la carga emocional y facilita el acuerdo entre las partes, lo que, trasladado a las contiendas jurídico-públicas supondría un acercamiento de la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos¹⁰¹.

Más allá de las propuestas que se hayan hecho hasta la fecha y de su eficacia, la institución del arbitraje de Derecho público se sostiene por sí misma si se concibe como una aplicación o una manifestación del principio *de la justicia paccionada*¹⁰². El arbitraje público nacería, así, como consecuencia de las teorías de la seducción,

⁹⁹ MARESCA LASA, *El Arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005, p.99.

¹⁰⁰ Que incluye a profesionales de reconocido prestigio con una amplia experiencia tanto en el desempeño del papel de árbitros, como del de abogados de las partes, así como del de miembros de distintas instituciones arbitrales.

¹⁰¹ Doctrina de la táctica de la seducción, predicada por el *Conseil d'Etat* francés. *Conseil d'État; Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative*. La Documentation Française. Paris, 1993.

¹⁰² MARESCA LASA, A., “El encaje constitucional del arbitraje administrativo”, *Anuario de justicia alternativa*, 2008, pp. 9-79.

esto es, de la aproximación de la Administración al ciudadano. Teorías que, por otro lado, cada día guían con más fuerza el actuar de todo el sector público.

Es natural que las partes quieran proteger a largo plazo la relación de confianza existente entre ellas, sin que tal confianza se vea amenazada por el sometimiento de un eventual conflicto a la jurisdicción contencioso-administrativa que conllevaría, con total seguridad, la terminación definitiva de la relación entre ellas. Es, por tanto, del todo comprensible que las partes prefieran someter su controversia a un tercero imparcial elegido por ellas, del que además, obtendrán una resolución rápida y satisfactoria y que, precisamente por esa eficiencia, podría dejar abierta la puerta a relaciones futuras¹⁰³.

Finalmente, conviene hacer una breve reflexión sobre el factor económico del arbitraje. Ha sido por algunos defendida la opción del arbitraje en base a la ventaja del factor económico, aludiendo argumentos como la innecesaridad de la intervención de un procurador, la posibilidad en algunos casos de acudir al arbitraje sin asistencia letrada, y el simple hecho de la mayor celeridad que antes ha quedado señalada y de que sólo exista una instancia posible, hace que el gasto sea menor¹⁰⁴.

Sin embargo, esto no es así. La práctica arbitral ha dejado sobradamente probado que la jurisdicción es siempre más económica

¹⁰³ Esta fue una de las razones principales que llevo a la Primera Ministra Francesa Mme. Edith Cresson a solicitar a la Sección de Informes y Estudios del Consejo de Estado Francés que realizara un estudio sobre los modos alternativos de solución de conflictos en materia administrativa (*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage, en matière administrative*) La Primera Ministra destacó la necesidad de que el Derecho galo previera modos alternativos de resolución de conflictos rápidos y eficaces que contribuyeran al acercamiento de la Administración a los ciudadanos.

¹⁰⁴ MARESCA LASA, A., *El Arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005, p. 98.

que el arbitraje, debido a que la mayor parte de los costes va a cargo de los presupuestos del Estado. En cambio, en el arbitraje debe ser asumido íntegramente por las partes, de modo que si se tiene en cuenta que en el arbitraje de Derecho público una de las partes es un ente del sector público, la implantación del mismo supondría un nuevo gasto para el Estado¹⁰⁵.

5. Conclusión

En definitiva, el arbitraje tiene una naturaleza jurídica autónoma, lo que significa que tiene una identidad propia que lo diferencia de cualquier otra institución, aun cuando se fundamenta en un contrato y su finalidad produce algunos de los efectos propios de una sentencia. Así, el que el arbitraje esté conformado por una pluralidad de instituciones ya existentes y reconocidas jurídicamente, no quiere decir que no sea una institución nueva, distinta a las que la conforman.

El arbitraje, tal y como se ha subrayado, tiene como únicas notas esenciales la voluntariedad y el carácter de equivalente jurisdiccional, siendo todas las demás cuestiones secundarias y, por tanto, no esenciales. Ello supone que siempre que se mantengan esas notas, el arbitraje puede llegar a ser de Derecho público, lo que significa que el Derecho a aplicar en el caso concreto es Derecho administrativo. Y es precisamente el objeto de esta tesis descubrir si es posible

¹⁰⁵ Esta fue una de las causas que impidieron la implantación del arbitraje de Derecho público en Bélgica. Véase el dictamen del Consejo de Estado francés de 4 de febrero de 1993, donde se transcribe parte de un debate parlamentario en Bélgica en 1972, sobre la materia “*La jurisdiction arbitrale entraîne souvent à des dépens beaucoup plus élevés que les dépens judiciaires. C’est un raison de plus pour décider que les personnes de droit public demeurent exclusivement justifiables des cours et tribunaux...*”

jurídicamente mantener esas notas en el ámbito del Derecho Administrativo, donde de alguna manera está implicado, directa o indirectamente, el interés general.

Afirmar, pues, la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje y sus elementos estrictamente esenciales son la voluntariedad y el carácter público de sus efectos es de una importancia capital en esta tesis, pues ello implica, en parte, que el arbitraje no es ni privado ni público por naturaleza, sino que el arbitraje es arbitraje con independencia del adjetivo que lo siga.

Conviene recordar que el arbitraje se justifica o, mejor, se fundamenta, en la libertad del individuo; libertad que los poderes públicos tienen el deber de promover, como valor superior que es del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). De forma que, siempre y cuando no se vean afectados en el conflicto los intereses de terceros, estos puedan decidir con plena libertad el medio por el que prefieren resolver sus disputas. Por tanto, la existencia de un arbitraje en el ámbito del Derecho público no se justificaría por la mejor o peor situación en que se encuentre la justicia es una momento concreto. El arbitraje encontraría su razón de ser en la libertad de la persona, con independencia de las circunstancias, siempre y cuando quedaran salvaguardados los intereses generales, de ahí que el fundamento quede sujeto a la comprobación de su viabilidad constitucional y jurídica .

Finalmente, las ventajas que presenta el arbitraje, sobre todo en el ámbito del Derecho administrativo, resultan de especial interés para la adaptación del poder ejecutivo al fenómeno de la *iusmercantilización*.

CAPÍTULO II. El arbitraje de Derecho público y la Constitución Española de 1978

1. Introducción

Tal y como se verá en el capítulo III de esta investigación el arbitraje de Derecho público está ya reconocido en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la novedad de la institución en el ámbito del Derecho administrativo y el hecho de que las distintas previsiones legales no hayan tenido una aplicación práctica, han generado no pocas dudas en torno a la cuestión. Lo que esta investigación explora es despejar las dudas en torno a la arbitrabilidad de las controversias de Derecho público. Aunque, de *lege data*, una de las incógnitas que se tratará también de despejar es la de si las controversias de Derecho público, están ya implícitamente incluidas en el ámbito de aplicación material de la Ley 60/2003, de Arbitraje.

Ahora bien, para que cualquier institución tenga cabida en nuestro Estado de Derecho el primer paso es superar el pertinente examen de constitucionalidad. Han sido varios los estudiosos que han abordado esta cuestión con el objeto de despejar las dudas que giran en torno a la constitucionalidad del arbitraje de Derecho público. Con todo, hay que ser conscientes de que las dudas no se disiparán por completo mientras no haya un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En este punto se está, pues, en un círculo del que es imposible salir y, por consiguiente, de momento, todos los análisis y exposiciones que se puedan hacer sobre la constitucionalidad o no del arbitraje de Derecho público tienen la limitación de ser puramente doctrinales, como lo será también el que se va a hacer aquí.

Los principales escollos constitucionales que la doctrina ha insistido en resaltar se pueden resumir en cinco: el derecho a la tutela

judicial efectiva, el principio de reserva jurisdiccional, el interés público, el principio de legalidad que preside la actuación administrativa y la reserva a la jurisdicción del control sobre la actividad administrativa¹⁰⁶.

La Constitución Española de 1978 no hace ninguna referencia a los medios alternativos de resolución de conflictos ni, específicamente, al arbitraje, ni privado, ni público. Sin embargo, es abundante y de sobras conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje de Derecho privado.

A continuación, se van a tratar de resumir los pronunciamientos del TC y las aportaciones doctrinales más relevantes que han otorgado al arbitraje el papel de *equivalente jurisdiccional*. Aclarar esta primera cuestión servirá de base para acometer la labor de salvar los aparentes escollos constitucionales que aparecen en contra del arbitraje de Derecho público. Se aborda esta cuestión desde la óptica que ofrece el entender el arbitraje como una institución con una naturaleza jurídica autónoma, propia e independiente de cualquier otra institución jurídica (el contrato, el proceso, la jurisdicción etc.)¹⁰⁷. Ello resulta fundamental para respetar una coherencia argumental, y va a facilitar

¹⁰⁶ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; HUERGO LORA, Alejandro *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 2000; el trabajo más destacado sobre la constitucionalidad del “arbitraje administrativo”, es la tesis doctoral de MARESCA LASA, A., *El arbitraje administrativo*, UB, Barcelona, 2005, dirigida por TORNOS MAS, J. y el posterior artículo de la misma autora “El encaje constitucional del arbitraje administrativo”, *Anuario de Justicia Alternativa*, Barcelona, 2008, pp. 9-79; MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios Constitucionales, Madrid, 2002; ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1998.

¹⁰⁷ Véase la postura adoptada en esta investigación a favor de la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje en el Capítulo I.

la asunción de las conclusiones a las que se van a llegar en cuanto a la constitucionalidad. En efecto, si el arbitraje es una institución autónoma, entonces los pronunciamientos del TC sobre el mismo, son, en principio, aplicables con carácter general, aun cuando el Derecho a aplicar sea de carácter público, sin perjuicio, claro está, de que a futuro pudiera el alto tribunal hacer matizaciones al respecto.

Es con el principio “*pro libertate o in favore libertatis, fundamental al Estado de Derecho, con el que deben resolverse en nuestro sistema todas las dudas interpretativas que planteen las regulaciones jurídicas e incluso las de su legitimidad constitucional*”¹⁰⁸, de ahí que vaya a ser ese principio el que va a guiar el siguiente estudio sobre la constitucionalidad del arbitraje.

2. La reserva jurisdiccional y el derecho a la tutela judicial

Los principales escollos constitucionales con los que se topa el arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en los artículos 24.1 y 117.3 CE que consagran, respectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de reserva jurisdiccional.

¹⁰⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, “*Revista General de Derecho Administrativo*”, nº.26, , 2011, p. 19.

2.1. El principio de reserva de jurisdiccional

El artículo 117.3 CE planteó, en su momento, no pocos problemas interpretativos. En particular, este precepto, en su apartado tercero, consagra el principio de reserva jurisdiccional:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

El precepto señala como función propia del Estado la función jurisdiccional consistente en *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*. Como es lógico, el precepto llevó a la doctrina y a la jurisprudencia a plantearse seriamente la viabilidad del arbitraje en el ordenamiento jurídico español, pues atendiendo al sentido literal del precepto, este parece estar excluyendo la posibilidad de que los particulares puedan ostentar potestades jurisdiccionales. Y lo cierto es que, de hecho, el artículo está tratando de proteger al poder judicial de eventuales invasiones o injerencias no solo de los otros poderes del Estado, el ejecutivo y el legislativo, sino también de los particulares.

Para el análisis de esta cuestión son aquí fundamentales dos elementos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: por un lado, la naturaleza jurídica del árbitro y de su función; y por otro, la naturaleza jurídica de la decisión arbitral contenida en el laudo.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del árbitro cabe destacar que este no puede ser calificado como juez, pues solo el juez es el titular de la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), potestad legitimada por la soberanía popular. La legitimidad del árbitro, en cambio, está fundada en la voluntad de las partes que han decidido someter su controversia a la decisión del mismo (ATC 259/1993). El árbitro está ejerciendo aquí una función pública, pero no goza del *imperium* del juez. Más aún, el árbitro necesita del juez para dar eficacia al laudo, en efecto, la ejecución

forzosa del mismo solo puede llevarse a cabo con la ayuda del poder judicial.

En cuanto a la naturaleza jurídica del laudo, el Tribunal Constitucional ha sido claro y contundente a la hora de expresar las semejanzas y diferencias que presenta con la sentencia. Refiriéndose a las similitudes el Tribunal ha declarado que ambas decisiones como soluciones a un conflicto tienen una vocación a la justicia y buscan garantizar la seguridad jurídica¹⁰⁹. En cuanto a las diferencias, el Tribunal ha destacado cómo desde una perspectiva objetiva el laudo está limitado por la libertad de las partes, pues el laudo no puede decidir sobre aquellas materias sobre las que el árbitro carezca de poder de disposición. Desde una perspectiva subjetiva, y como se ha señalado con anterioridad, el laudo necesita de la ayuda del juez para su efectividad.

*“El árbitro no ejerce funciones jurisdiccionales, aunque el laudo sea cuasi-jurisdiccional, ni puede hacer ejecutar lo juzgado”*¹¹⁰, porque dicha función sigue reservada a quien está investido de *imperium*, esto es, al juez. El arbitraje, por tanto, tiene cabida en la fase declarativa del procedimiento, pero la fase ejecutiva del procedimiento está reservada al juez exclusivamente¹¹¹, quedando, así,

¹⁰⁹ En ATC 259/1993, de 20 de julio: *“uno y otra son decisiones reflexivas de jurisprudencia o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese ars o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedichas, ambas consagradas constitucionalmente (arts. 1.9 CE)”*

¹¹⁰ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011p.31.

¹¹¹ MARESCA LASA, A., *El arbitraje administrativo*, UB, Barcelona, 2005, p.290: *“Por ello, debemos afirmar que el arbitraje no implica atentado alguno a la potestad jurisdiccional, dado que aún en el caso de que los particulares opten por*

salvados los eventuales riesgos sobre una eventual privatización de la justicia¹¹².

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hay que evitar en todo caso que el laudo quede fuera del control jurisdiccional, de modo que existiendo un control sobre la resolución arbitral no cabe hacer ningún reproche de inconstitucionalidad a este respecto. En nuestro Estado de Derecho conviven, por tanto, jueces y árbitros como aliados en la resolución de disputas, y ello pone de manifiesto que, efectivamente, la libertad es uno de los valores del ordenamiento jurídico español¹¹³ y respeta en todo, la reserva jurisdiccional declarada por el art. 117.3 CE.

Como ocurre con el arbitraje de Derecho privado, el artículo 117.3 no debería presentarse como un escollo para el planteamiento de un arbitraje de Derecho público, pues las semejanzas y diferencias

dicho método heterocompositivo, optan sólo por una alternativa a la fase de declaración -al proceso declarativo-, quedando intocable la función de ejecución forzosa de la cosa juzgada -núcleo duro de la función jurisdiccional-, que no corresponde ni al árbitro, ni a las partes, si no que -si el laudo no se cumple voluntariamente por el obligado- va a corresponder, siempre y en todo caso, ineludiblemente, al Poder Judicial que ejercerá en fase de ejecución su competencia judicial en exclusiva, su plena jurisdicción”

¹¹² ESTEVE PARDO, J. es uno de los autores que ha alzado la voz en cuanto a los riesgos que entrañan los métodos alternativos de resolución de conflictos, y se ha mostrado crítico con la tendencia privatizadora de la justicia. ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad, Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 110 y ss.

¹¹³ MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, p.29: “*En un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo (art. 1.1 CE), el juez del Estado y el árbitro son constitucionalmente copartícipes en la Administración de Justicia”*

entre los árbitros y laudos del arbitraje de Derecho privado son -o mejor dicho, serían- las mismas en el arbitraje de Derecho público. Así, el papel del árbitro no sería otro que el de juzgar, y emitir un laudo que recoja la solución al conflicto, siendo dicho laudo enteramente vinculante para las partes. Por lo que la reserva jurisdiccional quedaría a salvo¹¹⁴, pues corresponde al juez hacer ejecutar la juzgado por el árbitro.

2.2. El derecho a la tutela judicial efectiva

El artículo 24 CE consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, el precepto declara:

*“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”*¹¹⁵

¹¹⁴ LOPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa* (2), 1999, p. 12 que: “si en definitiva, la Ley 36/1988, ha institucionalizado el Arbitraje superando la dicción literal del art. 117.3 CE (o acogiendo para ello la postura dogmática de que el Arbitraje carece de naturaleza jurisdiccional) ningún impedimento habría en principio para extender la misma solución a un arbitraje destinado a resolver controversias jurídico-administrativas.

¹¹⁵ Y continúa: “2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

Sobre la constitucionalidad del arbitraje respecto del art. 24 CE se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones, subrayando la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico español¹¹⁶.

El sometimiento a un procedimiento arbitral no implica, estrictamente, una renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva - derecho fundamental que como tal es irrenunciable- antes bien, supone que el titular del derecho decide no ejercitarlo en ese momento, optando por una vía alternativa para la resolución de su conflicto.

Además, el Tribunal Constitucional ha querido subrayar que al optar por el arbitraje las partes no están descartando por completo su derecho a la tutela judicial efectiva en ese conflicto concreto, pues, a la postre, siempre existe un control de los Tribunales sobre la actividad de los árbitros, a través de la acción de anulación. Es de hecho esa acción de anulación, la que confirma, entre otras cosas, la validez del convenio arbitral, y por tanto la libertad en la decisión, así como la necesidad de recabar el auxilio judicial para ejecutar el laudo, lo que garantiza el pleno respeto al derecho a la tutela judicial efectiva¹¹⁷.

¹¹⁶ El artículo 1.1 CE declara expresamente que: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

¹¹⁷ STC 174/1995, de 23 de noviembre: “El sentido de esta doctrina constitucional sólo puede ser que los árbitros prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del art. 24.1 C.E., ya que su actividad -desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes- conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la Sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa. El que existan vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional o, si se prefiere, que los árbitros ejercen una función intrínsecamente jurisdiccional -una jurisdicción privada por

concesión de la Ley- diciendo definitivamente el derecho con observancia de las garantías esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de partes, aunque no por ello sea forzoso aplicarles automáticamente toda la doctrina elaborada respecto a la prestación jurisdiccional efectuada por los jueces y tribunales del Poder Judicial. En cualquier caso, siempre existe un control de las decisiones arbitrales por Tribunales del Poder Judicial para asegurar el recto ejercicio de las funciones de los árbitros; por eso asevera el preámbulo de la Ley de Arbitraje que el convenio arbitral no implica renuncia a la tutela judicial. Por otro lado, la actividad arbitral se ciñe al ámbito declarativo; el uso de la coacción para hacer ejecutar lo que los árbitros han decidido pertenece a los jueces. En general, los árbitros carecen de todo poder que suponga compulsión, coerción o simple mando sobre los ciudadanos, y han de recabar el auxilio judicial.

En conclusión, si los árbitros prestan tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, limitando su función a declarar el derecho bajo control de los tribunales del Poder Judicial, no se puede decir que el art. 38.2, párrafo primero, de la L.O.T.T. prive del derecho fundamental del art. 24.1 C.E.”

El art. 40 LA establece: “El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Que el laudo es contrario al orden público.

2. *Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.*

En el mismo sentido se ha pronunciado el TC en otras sentencias. Así, por ejemplo, en la STC 9/2005, 17 de enero (que ratifica y amplía otras anteriores: sentencias 176/1996 y 13/1997) y en la que se declara que no puede apreciarse vulneración del derecho a la jurisdicción del recurrente si, tras dictarse el laudo arbitral, pudiendo ejercitar la acción de anulación, no quiso hacerlo. La sentencia dice:

“Al hilo de los razonamientos de la demanda a los que se ha hecho referencia en el fundamento anterior, alude el recurrente a que las resoluciones impugnadas le han cerrado el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos.

Pero a este respecto bastará recordar, como dijimos en la STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 3, que «esa hipotética falta de acceso se ve desmentida por la misma sucesión de hechos de los que se ha dejado constancia en los antecedentes. Pues basta observar, en efecto, que tras dictarse el Laudo arbitral no se ha visto privado en modo alguno de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto a este fin; por el contrario, utilizó dicho remedio procesal, sin obstáculos de ningún tipo, que concluyó con una resolución judicial, si bien la Sentencia desestimó por entero las pretensiones anulatorias del recurrente. Por tanto, si el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones

3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.”

formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989, 18/1990 y 111/1995 entre otras), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción». (El subrayado es nuestro)

De modo que se puede concluir que en España la acción de anulación viene a satisfacer suficientemente el derecho a la jurisdicción proclamado en el artículo 24 CE.

Si a esto se añade que las partes pueden dejar sin efecto el convenio arbitral y acudir a la vía judicial en cualquier momento, podemos afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva no se ve en modo alguno vulnerado por el hecho de que las partes decidan acudir al arbitraje. Y es que, en efecto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es sino un deber del Estado de articular un sistema judicial para que los ciudadanos puedan resolver eficazmente sus disputas. No se trata, por tanto, de un deber del ciudadano de acudir a dicho sistema judicial, sino que supone que el mismo es libre de escoger esa vía de resolución, otra o ninguna.

El derecho fundamental a la tutela judicial, en consecuencia, en modo alguno se vería vulnerado por la previsión de un arbitraje de Derecho público, pues sería el propio ciudadano quien libremente decidiría acudir al arbitraje para resolver sus disputas con la Administración Pública.

A propósito de este particular, cobra aquí especial relevancia la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1 CE). No puede olvidarse, tal y como se ha venido sosteniendo, que la libertad es la razón de ser del arbitraje y, por tanto, la razón de su constitucionalidad. La decisión de las partes de someter sus controversias a arbitraje no menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva, pues depende de una decisión libre. En este sentido, destaca

aquí la STC 176/1996, de 11 de noviembre, que se refiere al arbitraje como :

“medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)”

Para el TC:

“...la cuestión que tenemos planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales es o no compatible con la Constitución, que, sin duda lo es”¹¹⁸

Y es que, como ya se ha señalado anteriormente, la autonomía de la voluntad es elemento esencial del arbitraje. En esta sentencia de 23 de noviembre de 1995, el TC declaró inconstitucional el sistema de arbitraje imperativo a propósito del que se recogía en el párrafo primero del artículo 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT). En concreto, el citado precepto establecía:

“Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario”

La LOTT en su artículo 38.2 estaba sustituyendo el convenio arbitral por una regla imperativa que sólo cabía descartarla mediante pacto expreso en contrario. La sentencia declaró inconstitucional dicho precepto al entender, que ese pacto exige -como cualquier otro- la concurrencia de las voluntades de las partes, lo que supone que el

¹¹⁸ STC 174/1995, 23 de noviembre, FJ 3.

acceso a la vía judicial queda condicionado a que todas las partes presten su consentimiento. La sentencia declara:

“El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, «por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial». Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, «imponiendo para su ejercicio -como declaramos en la STC 185/1987 obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito». Del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los Jueces y

Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».¹¹⁹ (El subrayado es nuestro)

El sistema de arbitraje, además, es consecuencia o la materialización práctica del principio de autonomía de la voluntad, que no es sino consecuencia del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) de los sujetos que componen la comunidad humana.

Lo dicho hasta ahora respecto de la jurisprudencia constitucional en relación con la institución arbitral queda bien resumido en las palabras de MERINO MERCHÁN, que se transcribe a continuación. Dice el autor que, para poder entender el arbitraje como equivalente jurisdiccional se requiere lo siguiente:

1ª. Que el instituto arbitral esté regulado en una ley formal votada en Cortes Generales (STC 62/91, de 22 de marzo, por todas).

2ª. Que la Ley de arbitraje tenga carácter estatal al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.6ª y 9ª CE y STC 15/89, de 26 de enero).

3ª. Que la voluntariedad del convenio arbitral se produzca sin sombra o penumbra alguna sobre la libertad de sumisión al mismo por las partes que pueda hacer resentirse la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 11/81, de 8 de abril, 2112/91, 2386/95 o 174/95, por todas).

4ª. Que concurra el carácter sustitutivo del arbitraje sobre el proceso judicial ordinario del Juez del Estado. Es decir, que una vez aceptado voluntariamente el convenio por las partes, el arbitraje desplaza con todas sus consecuencias al proceso y

¹¹⁹ STC 174/1995, 23 de noviembre, FJ 3.

recurso judicial ordinario, a través de la correspondiente declinatoria.

5ª. Que por el efecto de equivalencia jurisdiccional, las partes asuman, no solo dar un carácter preponderante y relevante a la autonomía de la voluntad sobre el modelo jurisdiccional preestablecido legalmente sino que aceptan asumir el laudo arbitral firme con efectos idénticos de cosa juzgada (SSTC 43/88, 15/89 y 62/91, luego reiteradas)”,¹²⁰

De lo anterior se puede deducir que en caso de promulgarse una ley de arbitraje Derecho público, o de llevarse a la práctica el arbitraje de Derecho público ya reconocido, se deberá dejar plena libertad para acudir o no al arbitraje, al menos en lo que se refiere al administrado. En otras palabras, el arbitraje tendrá que ser, en todo caso, voluntario para al ciudadano. Distinto es en lo que se refiere a la Administración Pública, pues, los poderes públicos carecen de libertad, *las personas jurídico- públicas no existen sino para llevar a cabo lo que se dispone en su creación y regulación jurídica*¹²¹.

Así, puede afirmarse que las personas jurídico-públicas no tienen una voluntad propia, sino que su querer se identifica siempre con el interés público que como se verá está plenamente identificado con el principio de legalidad. Y, en cualquier caso, la posibilidad de que la Administración Pública pudiera someter a arbitraje de Derecho público la resolución de los conflictos en que se viera involucrada, debería de venir autorizada por una norma legal, en la que quedara especificado el poder de decisión de la Administración al respecto y

¹²⁰ MERINO MERCHÁN, José Fernando, “La Constitución de 1812 y el arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, nº 14, 2012, pp. 33 a 44.

¹²¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº.26, , 2011, p. 23.

qué cuestiones podrán o no podrán ser objeto de arbitraje, o el criterio para determinar la arbitrabilidad de una determinada controversia.

La constitucionalidad de un vía alternativa a la jurisdicción y sustitutiva de la misma y obligatoria para la Administración ha quedado confirmada con la promulgación de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, que prevé un cauce procedimental obligatorio, excluyente de las vías administrativa y contencioso-administrativa, para la resolución de los conflictos interadministrativos. El legislador es quien vela por el interés público, quien crea las entidades públicas y quien les atribuye unos fines y unas competencias para la consecución de esos fines. Pues como se deduce del texto constitucional la autonomía de la voluntad de la Administración Pública está sometida al principio de legalidad y condicionada por el interés público. De modo que, si el legislador considera adecuado para el interés general la implantación de un arbitraje de Derecho público, nada tiene la Administración Pública que oponer al respecto.

Además, debe tenerse en cuenta que las Administraciones Públicas no son, en principio, titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, según ha venido reiterando la jurisprudencia constitucional¹²². Afirmación que viene además avalada por el art. 34

¹²² STC 175/2001, Pleno, de 26 de julio, FJ 6: “Ya hemos avanzado que, con carácter general, las personas públicas no son titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Hay que tener en cuenta que es la falta de poder de cada individuo para imponer sus derechos e intereses –consecuencia necesaria del deber de respeto a los demás y de la paz social a que se refiere el art. 10.1 CE– la que dota al derecho a la tutela judicial efectiva de su carácter materialmente esencial o fundamental, en tanto necesario para la realización de los derechos e intereses de los particulares. Bien distinta es la situación cuando las personas públicas ejercen poderes exorbitantes y los órganos judiciales fiscalizan y consiguientemente limitan el alcance de aquellos poderes. En esos ámbitos de actuación administrativa es

Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) que impide a las organizaciones jurídico-públicas la invocación ante el Tribunal de Estrasburgo del derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH), como de cualquiera de los otros derechos reconocidos en el Convenio de Roma.

Y es que el derecho a la tutela judicial efectiva estuvo, en un principio, previsto para proteger a los ciudadanos frente a los abusos del poder público, por lo que trasladar este derecho a los entes públicos sin matización alguna, acabaría por desvirtuar el sentido del mismo. En esta línea, se pronunció la STC 197/1988, de 24 de octubre:

“ (...) Esta doctrina, construida en relación con la tutela judicial de las personas privadas no cabe, siguiendo la STC 64/1988, de 12 de abril trasladarla íntegramente a las personas jurídicas del Derecho público, pues tal doctrina parte de la concepción de los derechos fundamentales como garantías de los particulares frente al poder público y desnaturalizaría esta concepción la tesis simplificadora que sostuviera que los entes públicos gozan, en paridad de posición con los particulares, de

claro que las personas públicas no pueden invocar el art. 24.1 CE –ni servirse del amparo constitucional– para alzarse frente a los Jueces y Tribunales que, cumpliendo con lo previsto en el art. 106.1 CE, fiscalizan la actuación de los sujetos públicos. En este contexto debemos destacar también que cuando las personas públicas se alzan frente a los Jueces y Tribunales, lo que está en juego no es sólo la defensa del interés general atribuido a cada sujeto público sino, en última instancia, el orden normativo de distribución del poder. De esta manera, el derecho a la tutela judicial efectiva serviría –en los ámbitos a que venimos haciendo referencia– como instrumento para el correcto ejercicio del poder por los diferentes órganos del Estado. Y no hace falta insistir en la diferencia que, desde la perspectiva del amparo constitucional, existe entre garantizar a los particulares la realización de sus derechos e intereses por medio de los Jueces, y la garantía de un orden objetivo de poder que asegura la realización del interés general atribuido a las personas públicas incluso frente a los Jueces.”

un derecho constitucional subjetivo en cuya virtud el legislador venga obligado, en todos los casos, a establecer recursos judiciales para que dichos entes públicos defiendan sus propios actos frente a los que, afectándolos, hayan sido adoptados por otros órganos o personas públicas, pues lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional.”

Podría decirse, en fin, que las organizaciones jurídico-públicas son titulares atípicos del derecho a la tutela judicial efectiva, pues sólo en supuestos *excepcionales* pueden hacer valer el derecho fundamental proclamado en el art. 24 CE. Conviene detenerse en cada uno de esos supuestos, que vienen recogidos en la STC 175/2001¹²³.

En primer lugar, una Administración Pública gozará del derecho a la tutela judicial efectiva en todos aquellos casos cuando su situación jurídica sea equiparable a la de las personas privadas. En esos casos la Administración Pública parte en el proceso está en situación de igualdad con la otra parte y, por tanto, despojada de todos sus privilegios y prerrogativas, y es entonces cuando el art. 24 CE protege también a las personas jurídico públicas. La STC 197/1988, de 24 de octubre, es firme en este sentido cuando dice:

“en primer lugar, a las personas públicas en aquellos litigios en los que su situación procesal es análoga a la de los particulares(...)Se trataba de litigios donde las personas públicas no gozaban de privilegios o prerrogativas procesales y pedían justicia como cualquier particular(...)Lo relevante ahora es destacar que en todos aquellos casos donde la posición procesal de los sujetos públicos es equivalente a la de

¹²³ El ATC 105/2003, de 7 de abril.

las personas privadas el art. 24.1 CE también ampara a las personas públicas.”

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas frente a los jueces y tribunales, pero no frente al legislador, pues será el legislador el que determine las acciones procesales de que goza la Administración para acudir a la jurisdicción y defender el interés general. En este sentido se pronuncia la STC 26/2008, de 11 de febrero, refiriéndose a la STC 175/2001:

“Este Tribunal tiene declarado en la STC 175/2001, de 26 de julio, que «las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso», aunque «esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador». «Corresponde a la Ley procesal –se continúa afirmando en la Sentencia– determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. El alcance limitado del art. 24.1 CE en relación con las personas jurídicas públicas actúa, según venimos diciendo, respecto del legislador, no en relación con el Juez» (F. 8; en el mismo sentido, STC 311/2006, de 23 de octubre, F. 1).” (El subrayado es nuestro)

Y, por último, la Administración Pública que sea parte en un proceso no podrá padecer indefensión y gozará de todas las garantías del art. 24 CE:

“Tiene sentido destacar aquí que la prohibición de indefensión procesal a las personas públicas protege inmediatamente a éstas, pero mediatamente también a otros

intereses: al interés objetivo en que el proceso sirva de forma idónea a la función jurisdiccional atribuida por la Constitución a Jueces y Tribunales (art. 117.1 CE). Y también al interés de las otras partes de que el proceso en el que actúan esté desprovisto de toda indefensión(...)"

Así las cosas, nada impediría, desde el punto de vista del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que la ley previera un arbitraje imperativo para las Administraciones Públicas, pues el legislador, velando por el interés público, puede decidir que sea otro ente el encargado de velar por el control de la legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas, control que en último término siempre estaría supeditado al control jurisdiccional, a través de la acción de anulación¹²⁴. Por todo lo anterior, autores como

¹²⁴ STC 197/1988, de 24 de octubre: “Distinto es, sin embargo, el supuesto en el que sea la propia ley, y no la autoridad judicial que la aplica, la que impida al ente público acudir a la jurisdicción para pretender la nulidad o revocación de un acto adoptado, por otro ente público, pues no siempre, en tal hipótesis, podrá hablarse de indefensión.

A tal efecto, es aceptable que la predisposición legislativa de remedios jurisdiccionales pueda resultar inexcusable, por imperativo del art. 24.1 de la Constitución, si el acto adoptado por el poder público resuelve un conflicto de intereses en perjuicio de otro ente público, que se vea, por ello, precisado a demandar la tutela judicial frente a aquel acto.

Pero existen otros supuestos en que los órganos públicos no actúan como decisores de conflictos de intereses, ni ostentan un interés propio que se contraponga al de otro ente público inaplicado en la decisión, sino que ejercen funciones de control de la legalidad de determinados actos de entes públicos, realizando una tarea estrictamente objetiva y ajena a toda controversia de intereses, como ocurre con las Juntas Electorales que constituyen, según se dejó razonado, una específica Administración de garantía instituida por el legislador para asegurar «la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad -art. 8.1 de la LOREG-».

LÓPEZ MENUDO y MARESCA LASA, han planteado la conveniencia de un sistema de arbitraje de Derecho público que sea obligatorio para la Administración Pública y voluntario para el administrado¹²⁵.

Considerando los sistemas estadounidense, no se identifican obstáculos insalvables que impidan plantear un arbitraje voluntario tanto para la Administración Pública como para el administrado; sin embargo se entiende que para que un arbitraje de Derecho público sea una realidad, la ley debería disponer que fuera obligatorio para la Administración, en el caso de que el ciudadano optara por el mismo. Y es que en muchos casos, a causa de la ejecutividad de los actos administrativos, la lentitud con la que se resuelven los procedimientos contencioso-administrativos interesa a la Administración.

En resumen, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un obstáculo que impida la viabilidad del arbitraje de Derecho público. Así, este derecho fundamental se traduce en la práctica en un deber

En tales supuestos, la decisión de estos órganos públicos, garantes de la legalidad de los actos de otros órganos igualmente públicos, no compromete, ni incide en el «interés legítimo» de estos últimos, dado que, en modo alguno, puede sostenerse que el ordenamiento jurídico reconozca un interés público para llevar a cabo una actividad pública, que es calificada de contraria a la legalidad por órganos de la Administración especialmente encargados por la ley de su control.

Por lo tanto, la falta de recurso jurisdiccional frente a estos actos de control no menoscaba el derecho a la tutela judicial del poder público, cuya actuación es revisada por esa Administración de garantía, pues el ordenamiento jurídico puede disponer que determinada actuación pública se controle, sin ulterior recurso jurisdiccional por órganos a los que se les atribuye la única función de velar por el respeto objetivo de la legalidad.”

¹²⁵ LOPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 2, 1999, p.17; MARESCA LASA, A., “El encaje constitucional del arbitraje administrativo” *Anuario de justicia alternativa*, nº 9, 2008, p.55.

del Estado de prever un sistema judicial efectivo de resolución de conflictos, al que la persona pueda acudir si es esa su voluntad. No es, por tanto, una obligación a acudir a la jurisdicción, sino un derecho de la persona a poder acudir al mismo si libremente así lo decide. Además, el derecho a la tutela judicial efectiva no juega de igual manera para las personas jurídico-públicas, que para las personas privadas, pues las primeras gozan del mismo de una manera atípica. En efecto, tal y como se ha señalado, las personas jurídico-públicas tienen ese derecho reconocido frente al poder judicial, no frente al legislador al que están sometidas por mandato constitucional.

3. El principio de legalidad y el principio de control jurisdiccional de la Administración Pública.

Tras la revisión que se ha hecho de la jurisprudencia constitucional referente al arbitraje de Derecho privado, y su traslado al análisis de constitucionalidad sobre el Derecho público; queda ahora por delante la tarea de plantear la constitucionalidad del arbitraje referido a las relaciones jurídico-públicas en relación con unos preceptos de la CE específicamente referidos al poder ejecutivo. Con independencia de lo que ya se ha visto al tratar del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas, puede adivinarse que las dificultades pueden surgir de la dudosa autonomía de la voluntad de los organismos jurídico públicos y de la ausencia de libertad en el actuar administrativo, características que pueden hacer que quede en entredicho ese principio rector del arbitraje que es la voluntariedad¹²⁶.

¹²⁶ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011. p.35.

En particular, existen dos preceptos en la Constitución Española que se erigen como muros aparentemente infranqueables a la hora de plantear el arbitraje de Derecho público. Se trata de los 103.1 y 106.1 CE, que, por otra parte, han sido ya objeto de discusión entre los autores que han abordado el estudio del arbitraje de Derecho público.

3.1. El principio de legalidad y los intereses generales como guía del actuar administrativo

El artículo 103.1 CE recoge los principios rectores de la actividad Administrativa, entre los que desacatan el principio de legalidad como el sillar sobre la que se apoya todo el ordenamiento jurídico público y los intereses generales como timón de la actuación administrativa. El precepto viene a fijar los límites de la actuación administrativa. En concreto, el artículo declara:

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”

El interés público es un argumento frecuentemente argüido entre quienes se posicionan en contra del arbitraje de Derecho público. Así, por ejemplo, HUERGO LORA se resiste a aceptar la posibilidad de un arbitraje, al destacar la presencia del interés público que existe en todo el actuar de la Administración. El autor sostiene que:

“Si la presencia del interés público y la tutela del mismo mediante un régimen normativo especial es lo que transforma una cuestión en administrativa y justifica que su conocimiento no corresponda al orden jurisdiccional civil, sino a uno especializado (el contencioso-administrativo), mal se puede admitir que las partes (que no son titulares del interés público) desplacen a los Tribunales de lo contencioso-administrativo para sustituirlos por unos árbitros designados por ellas,

especialmente cuando la Ley de Arbitraje no deja el menor resquicio para llegar a esta conclusión.”¹²⁷

Sin embargo, son muchos también los argumentos que se han alegado en contra de esta concepción.

En efecto, como es bien sabido, la Administración no goza de una plena autonomía de la voluntad y al estar sometida al principio de legalidad, en virtud del art.103.1 CE, es la ley la que fija el contenido de la autonomía de la Administración. El precepto impone el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho, de modo que poco podría oponerse a un eventual precepto legal de sometimiento a arbitraje, que como tal obligaría a la Administración, siempre que la misma fuera plenamente constitucional.

Dentro del marco establecido por el principio de legalidad pueden darse dos situaciones, a saber:

1. Que la disposición legal de que se trate programe hasta el más mínimo detalle la actuación de la Administración, de forma que la actora sólo puede proceder según lo previsto en la norma, sin margen de maniobra alguno.
2. Que la disposición legal permita a la Administración Pública un margen de actuación, donde pueda adoptar decisiones con plena libertad, decisiones y opciones que serán válidas siempre que la Administración respete los límites que le impone la norma. Ese margen, es el conocido como de discrecionalidad.

La primera de estas situaciones es la que se suele definir como la actividad reglada de la Administración y es la que comúnmente se identifica con el principio de legalidad, en tanto en cuanto la ley fija

¹²⁷ HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 175.

todo lo que en una determinada situación puede y no puede hacer la Administración.

La segunda situación descrita, la que se refiere a la actividad discrecional de la Administración, es también, sin embargo, perfectamente aceptable desde el punto de vista del principio de legalidad, pues es la misma legalidad la que concede ese margen de discrecionalidad.

Sea como fuere, es evidente que las disposiciones legales que permitan el arbitraje de Derecho público deben estar orientadas al interés general y que éste debe de estar, en último término, garantizado por los Tribunales de Justicia. Por lo que no se considera razonable una regulación genérica e ilimitada al respecto¹²⁸.

Parte de la doctrina administrativista se ha pronunciado en esta misma línea, así, BUSTILLO BOLADO no estima que el artículo 103.1 CE sea un impedimento al arbitraje de Derecho público. Este autor viene a concluir que de la interpretación literal del precepto la problemática que gira en torno al arbitraje de Derecho público se reduce a una mera cuestión de legalidad por lo que bastaría que una ley lo autorizase para poder afirmar el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho¹²⁹.

¹²⁸ ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1997, p. 78. Observación que también hizo en su informe el *Conseil d'État en Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage, en matière administrative*, 1993.

De hecho la Ley de Patrimonio condiciona el sometimiento a arbitraje a que haya una Ley que así lo autorice expresamente, de lo que se deduce que dicha ley deberá prever un régimen específico.

¹²⁹ BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, 2010.

3.2. El control jurisdiccional de la actividad administrativa

El segundo precepto que suele argüirse contra la posibilidad constitucional de un arbitraje público es el artículo 106.1 CE que recoge el control jurisdiccional de la actuación administrativa. Este precepto señala que:

“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”

Como puede apreciarse, el artículo somete la actividad de la Administración al efectivo control de los órganos judiciales, lo que impide la existencia de eventuales *“comportamientos de la Administración Pública (...) inmunes al control judicial.”*¹³⁰

La cláusula constitucional del Estado de Derecho (art.1 CE) con las garantías que de ella se derivan, de sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento (art.9.1 CE) y, en concreto, de la actuación de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE); así como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE, son los pilares sobre los que se asienta la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 106 CE, que encuentra en los citados pilares su justificación, parece que consagra al poder judicial como el titular exclusivo de la potestad de control de la actividad administrativa. Sin embargo, tal y como se va a argumentar, el hecho de que el precepto no haya determinado la forma en que debe ser ejercido ese control, va a dejar la puerta abierta al arbitraje de Derecho público, en este sentido.

¹³⁰ STC 294/1994, de 7 de noviembre de 1994.

Frente a estas premisas, cabe preguntarse, si es admisible el arbitraje de Derecho público como medio sustitutivo del control jurisdiccional. BUSTILLO BOLADO y GARCÍA PÉREZ, utilizan la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional para responder afirmativamente, pues consideran que el arbitraje es compatible con lo estatuido por el artículo 106.1 CE. En este sentido, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es del todo elocuente:

“Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el artículo 106.1 CE, es claro que, del conjunto que se acaba de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en la que, salvo exclusión legal y expresa y fundada en motivos suficientes- que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal-, no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia. Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que se ha ocupado de mantener que si bien la Constitución no ha definido cuáles han de ser “los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional”, sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos han de articularse de modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas.”¹³¹

En esta línea, los autores interpretan que el arbitraje de Derecho público podría considerarse como una “*exclusión legal y expresa y fundada en motivos suficientes*”. Y podrían considerarse como motivos suficientes: por un lado, el riesgo real a que, debido al retraso judicial, los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin

¹³¹ STC 34/1995, de 6 de febrero

dilaciones indebidas se vieran vulnerados; y, por otro, la mayor calidad de las resoluciones que obtendrían las partes si quien las emitiera fuera una persona o un tribunal especializado en la materia concreta sobre la que versa el litigio.

Resulta especialmente interesante la interpretación que BUSTILLO BOLADO y el propio Tribunal Constitucional hacen del precepto y de la mencionada sentencia. El precepto establece que los *Tribunales controlan*, pero no determina cuáles han de ser esos mecanismos de control ni el alcance de los mismos. Por ello no existe razón para considerar insuficiente el control que los tribunales ejercen sobre el arbitraje por medio de la acción de anulación contra el laudo arbitral, pues mediante dicha acción se da pleno cumplimiento al mandato constitucional de control efectivo sobre la actuación administrativa.

Téngase en cuenta que la palabra *control* es un concepto constitucionalmente indeterminado que admite graduación. Por otro lado, la Constitución no impone unos determinados mecanismos procesales para llevar a cabo ese control. De ahí que algunos autores defiendan que el control pueda ser limitado, sin que ello suponga una vulneración del artículo 106.1 CE¹³².

Sobre la cuestión hay que hacer ahora referencia a lo señalado por el TC en la sentencia 174/1995, 23 de noviembre:

“En cualquier caso, siempre existe un control de las decisiones arbitrales por Tribunales del Poder Judicial para asegurar el recto ejercicio de las funciones de los árbitros; por eso asevera el preámbulo de la Ley de Arbitraje que el convenio arbitral no implica renuncia a la tutela judicial. Por otro lado, la actividad arbitral se ciñe al ámbito declarativo; el

¹³² MARESCA LASA, A., “El encaje constitucional del arbitraje administrativo”, *Anuario de justicia alternativa*, nº 9, Barcelona, 2008.

uso de la coacción para hacer ejecutar lo que los árbitros han decidido pertenece a los Jueces. En general, los árbitros carecen de todo poder que suponga compulsión, coerción o simple mando sobre los ciudadanos, y han de recabar el auxilio judicial.”

Así, el arbitraje público se presenta como una vía procesal más, mediante la cual, se hace posible el control sobre la actuación de la Administración Pública. Se trata de una vía alternativa y complementaria al poder jurisdiccional, quedando con él plenamente garantizado el Estado de Derecho. De esta forma no se está violando el principio que prohíbe crear zonas inmunes al control judicial. En efecto, el control judicial no queda de este modo excluido, sino más bien postergado o reducido, y sencillamente se está otorgando la posibilidad a los ciudadanos de acudir al arbitraje, sin tener que acudir obligatoriamente a los Tribunales¹³³. Recuérdese aquí lo que ya se ha comentado al tratar del derecho a la tutela judicial efectiva, la libertad es un valor superior del ordenamiento español (art. 1 CE) y, como tal, debe ser respetado y fomentado por los poderes públicos (art. 9.2 CE).

Las concepciones contrarias a la implantación de un sistema arbitral de Derecho público son fruto de un proceso histórico en lo que a la independencia del control judicial y su poder sobre el actuar del ejecutivo se refiere. Antes de la Revolución Francesa, el poder ejecutivo y el poder legislativo eran inmunes al Derecho. La Revolución de 1789 supuso un punto de inflexión en muchos sentidos y, uno de ellos es el sistema jurídico administrativo.

¹³³ CORTADA ESTEVE, M., “El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 51, 1998, pp. 249 y ss.

La Revolución de 1789 mantuvo el imperio de la Ley, pero a partir de ese momento, tal imperio vendrá legitimado por la soberanía que residirá en el pueblo, y no en el monarca. Desde entonces, las leyes obligan en tanto que son los ciudadanos quienes las aprueban y promulgan a través de sus representantes en el Parlamento. De esta forma, la Ley puede conceder prerrogativas al poder ejecutivo, si se considera conveniente para el interés común. Este es el origen de la *autotutela* de la Administración Pública. Además, la Revolución francesa trajo consigo la división de poderes lo que supuso la independencia de los jueces respecto del monarca. Pero los actos del poder ejecutivo estaban controlados por los órganos administrativos, *bajo la premisa de que juzgar a la Administración era también administrar*¹³⁴. Así, se creó en Francia el *Conseil d'État* para *instrumentar una* jurisdicción retenida por la propia Administración¹³⁵, esto es, para ejercer el control sobre sus propias actuaciones sin necesidad de someterse al control del poder judicial. Con el tiempo, sin embargo, el ordenamiento jurídico abrió la puerta al sistema de jurisdicción delegada vigente en la actualidad, para evitar que la Administración ostentara zonas de inmunidad. Durante dos siglos el Consejo de Estado ha sido el encargado de desarrollar el Derecho administrativo, “*con justicia retenida al principio, delegada, después, hasta alcanzar su completa jurisdiccionalización*”.

Pues bien, el sistema español es fruto de la herencia francesa; y es, precisamente, en el artículo 106.1 CE donde puede apreciarse la intención del constituyente de privar a la Administración de parcelas inmunes al control externo. Ese es el espíritu que motivó al precepto,

¹³⁴ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011. p.39.

¹³⁵ GRANADO HIJELMO, I., "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación", *Revista Jurídica Navarra*, nº 39, 2005.

el de evitar que la actividad del poder ejecutivo quedara exento de control.

Siendo ese el motor del artículo 106.1 CE resulta compatible la articulación de un sistema de arbitraje de Derecho público, pues la intención de la Constitución no es otra que la de evitar que la Administración ostente parcelas inmunes de control externo.

En este sentido aparecen muy acertadas las siguientes palabras de GARCÍA PÉREZ:

“No se trata tanto de que todas y cada una de las controversias en las que está implicada la Administración deban ser sometidas a los tribunales, como de evitar que los conflictos se resuelvan en el seno de la propia Administración o, simplemente, sean ajenos a cualquier tipo de control. Por eso, no chocaría con el art. 106 que personas, entes o instituciones ajenas a la Administración controlen su modo de actuar si lo hacen de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico. Se habría cumplido el principal objetivo del precepto constitucional: la separación de poderes y el pleno control. No podría argumentarse, respecto del arbitraje, que se sustrae del acceso a la Justicia determinados asuntos administrativos porque, siempre y en todo caso, quedará abierta la vía judicial para plantear, si fuese procedente, la acción de anulación contra el laudo.”¹³⁶

Estas reflexiones resultan más relevantes si se analizan desde la perspectiva de la Constitución de 1812. Así mientras que por un lado, esta consagraba en su artículo 242 el monopolio judicial de la jurisdicción señalando que “la potestad de aplicar las leyes a las

¹³⁶ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 40.

causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales”, por otro lado, en sus artículos 280 y 281 subrayaba que “*no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes*”. Esto confirma que el monopolio judicial de la jurisdicción estaba referenciado a los otros poderes del Estado. De ahí que el artículo 243 prohibiera al poder legislativo y al poder ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tal y como subraya MOTERO AROCA:

*“Se trata, pues, de que la exclusividad jurisdiccional de los tribunales se concebía dentro de la división de poderes, no con relación al arbitraje, que se considera un derecho propio de la libertad.”*¹³⁷

En definitiva, la Constitución no determina cómo debe ser el control que los Tribunales deben ejercer sobre la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE). Así, el mandato constitucional queda salvaguardado con la previsión de una acción de anulación. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que el control que se prevé en el precepto constitucional necesita de la iniciativa del recurrente, por lo que la simple pasividad del mismo lo excluye¹³⁸.

Sobre este punto, se quiere señalar, además, que la imposibilidad de apelar sobre cuestiones de fondo no es esencial a la institución arbitral, lo cual quiere decir que una eventual previsión de un recurso de apelación contra el laudo no desnaturalizaría la institución.

¹³⁷ MONTERO AROCA, J., *Las materias de libre disposición*, en BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, p.124.

¹³⁸ FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; TESO GAMELLA, P.; AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de una alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Vol. II, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2004, p.111.

4. Conclusión

Tras el análisis de la jurisprudencia y doctrinas constitucionales, se llega a la conclusión de que el arbitraje de Derecho público es plenamente constitucional, bajo el prisma que otorga el principio *pro libertate*. A modo de resumen, cinco son las conclusiones en torno a la constitucionalidad.

En primer lugar, en cuanto a la compatibilidad del arbitraje de Derecho público con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Sobre este punto procede recordar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es sino un deber del Estado de articular un sistema judicial para que los ciudadanos puedan resolver eficazmente sus disputas. No se trata, por tanto, de un deber del ciudadano de acudir a dicho sistema judicial, sino que supone que el mismo es libre de escoger esa vía de resolución, otra o ninguna.

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se presenta, además, como presupuesto para poder analizar el ámbito objetivo del arbitraje de Derecho público. En efecto, nadie puede obligar a nadie a renunciar a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y en el ámbito del Derecho administrativo parecen ser muy numerosas las relaciones en que se ven afectados intereses de una pluralidad de personas.

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas, estas gozan atípicamente de dicho derecho, que está en todo caso sujeto al principio de legalidad, pues es la ley quien fija las acciones procesales de que disponen las mismas para la defensa del interés general.

En segundo lugar, en cuanto al mandato constitucional proclamado en el art. 103.1 CE, por el cual la Administración debe servir a los intereses generales, este quedaría plenamente garantizado atendiendo a la segunda parte del precepto que proclama que debe servir al interés general con sujeción al principio de legalidad. De

modo que si la Ley, expresión de la voluntad popular, determina la vía del arbitraje para la Administración Pública, respetando la voluntad del administrado, nada tiene que oponer la Administración a esa decisión del legislador.

En tercer lugar, resulta trascendente el que la Constitución no determina cómo debe ser el *control* que los Tribunales deben ejercer sobre *la legalidad de la actuación administrativa* (art. 106.1 CE). Así, tal y como se ha defendido, el mandato constitucional queda salvaguardado con la previsión de una acción de anulación. Ello queda reafirmado si se añade que el control que prevé el precepto constitucional, necesita de la iniciativa del recurrente, por lo que *la simple pasividad del mismo lo excluye*¹³⁹. Sobre este punto, hay que recordar, además, que la imposibilidad de apelar sobre cuestiones de fondo no es esencial a la institución arbitral, lo cual quiere decir que una eventual previsión de un recurso de apelación contra el laudo no desnaturalizaría la institución.

En cuarto lugar, resulta decisiva la doctrina del Tribunal Constitucional, por la que se reconoce al arbitraje como un equivalente jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este presupuesto es determinante, no sólo para admitir la constitucionalidad de la institución arbitral, sino también para poder abordar con coherencia la cuestión del ámbito de aplicación material del arbitraje de Derecho público. Si se reconoce que el árbitro es un *equijuez* y que, por tanto, se limita a aplicar la ley con la misma imparcialidad y rigor con que lo haría un juez, y que el laudo es una *equisentencia*, y que, en consecuencia, tiene los mismos efectos que la resolución judicial, se

¹³⁹ FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; TESO GAMELLA, P.; AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de una alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Vol. II, Bolsa de investigación Consejo General de Poder Judicial, Fundación Wellington, Madrid, 2004, p.111.

despejan automáticamente muchas dudas en torno a la admisibilidad del arbitraje en el ámbito del Derecho público.

Finalmente, la Constitución reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico español la libertad, y como tal ha de ser respetada y promovida por los poderes públicos. De modo que el arbitraje en el ámbito público, aparece como un paso más en la promoción de la libertad del particular, pues supone darle la opción de que resuelva sus disputas en la forma que prefiera, siempre y cuando se respeten unos límites fundamentales.

A pesar de todo lo expuesto, y como se ha indicado, será finalmente el Tribunal Constitucional el que, llegado el momento, tenga la última palabra sobre la viabilidad constitucional del arbitraje en el ámbito jurídico-público.

CAPÍTULO III. El arbitraje en la legislación administrativa vigente

1. Introducción

La viabilidad jurídica y constitucional del arbitraje de Derecho público en el sistema jurídico español fue advertida hace años por el legislador. Si bien es cierto que la normativa arbitral preconstitucional (Ley de Arbitraje de 1953) descartaba de forma radical cualquier posibilidad de hacer extensible el arbitraje a las relaciones de Derecho público¹⁴⁰, la normativa actual ha dejado intencionadamente abierta la puerta a dicha posibilidad. Ya, a propósito de la Ley de arbitraje de 1988, se plantearon dos enmiendas en el debate parlamentario del Proyecto de Ley, que defendían la inclusión en el ámbito de aplicación objetivo de la Ley de los contratos del Estado, mediante la introducción de la terminología “pública o privada” y la previsión de un tribunal arbitral específico para el conocimiento de las controversias administrativas¹⁴¹. Parecía razonable que aquellas controversias jurídico-públicas que pudieran resolverse mediante arbitraje y siempre que esa fuera la voluntad de las partes o, al menos,

¹⁴⁰ El artículo 1 de la Ley de 1953 establecía: “*Los arbitrajes ordenados en principios de Derecho Público...continuarán sometidos a las disposiciones por que se rigen*”.

¹⁴¹ Diario de Sesiones, núm 322, año 1988, p. 10770, donde consta que el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, el Sr. Herrero R. de Miñón, defendió las enmiendas 208 y 209 en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados.

la del administrado, se solucionaran por ese cauce. A pesar de que las enmiendas no prosperaron, estas propiciaron que quedaran cuestionados los obstáculos legales y doctrinales que hasta entonces se habían alzado en contra de la arbitrabilidad de las contiendas de carácter administrativo, o al menos las relativas a los contratos del sector público.

Sea como fuere, el cambio que sí se produjo fue el relativo a la denominación de la Ley, que pasó de llamarse Ley por la que se regulan los Arbitrajes de Derecho Privado (1953), a llamarse sencillamente Ley de Arbitraje, detalle este de enorme trascendencia, al dejar abierta las posibilidades de aplicación de la Ley a cuestiones donde el Derecho a aplicar no fuera estrictamente privado.

Estos antecedentes son la causa de que hoy puedan encontrarse en la legislación administrativa española varias normas abordando la regulación o la mera previsión de este medio alternativo de resolución de conflictos.

Parte de la doctrina administrativa se mostró optimista al ver como se empezaba a prever el arbitraje para los conflictos jurídico-públicos y especialmente en relación con el previsto en la Ley 30/1992¹⁴². Sin embargo, no tardó en llegar la decepción al comprobar que algunos de esos preceptos no eran más que un cúmulo de buenas intenciones, sin posibilidades de aplicación práctica, seria y realista; y al comprobar, con el paso del tiempo, que el legislador no tenía intención alguna de desarrollar dichos preceptos.

Detrás de esta falta de desarrollo legislativo late el mismo recelo del periodo preconstitucional, motivado por la concepción dogmática inamovible en relación a la fiscalización de la actuación de

¹⁴² Hoy, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

las Administraciones Públicas¹⁴³ fundada en los argumentos que se han desgranado en el capítulo II al tratar de la constitucionalidad del arbitraje de Derecho público: el interés público, el derecho a la tutela judicial efectiva, el sometimiento a la ley y al derecho de la Administración (103.1 CE), y la reserva jurisdiccional respecto de la actuación administrativa (106.1 CE).

Sin embargo, la simple previsión en la legislación administrativa de métodos alternativos de resolución de conflictos, permite despejar todas las dudas que pudiera haber sobre la viabilidad de los ADR en Derecho español¹⁴⁴. Son muchas las previsiones relativas al arbitraje previstas en la legislación administrativa, y aquí se va a tratar de analizar con detalle cada una de ellas.

La legislación que se va a estudiar en los siguientes apartados se puede dividir en cinco bloques. Un primer bloque, en el que se hace referencia a la Ley General Presupuestaria y a la Ley de patrimonio de las Administraciones Públicas. Ambas leyes contienen las primeras previsiones en materia de arbitraje en el Derecho administrativo. El segundo bloque, se centra en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, sobre todo, en su artículo 112.2 que recoge el conocido como arbitraje administrativo. En el tercer bloque, se va a hacer referencia al papel que juega el arbitraje en la legislación sobre contratación pública. El cuarto bloque analiza la actividad arbitral de la Administración. Y, finalmente, se estudia el procedimiento interadministrativo previsto en por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de

¹⁴³ MARESCA LASA, A., “El encaje constitucional del arbitraje administrativo”, *Anuario de justicia alternativa*, nº 9, 2008, p.16.

¹⁴⁴ ALONSO GONZÁLEZ, L. M., Informe, *Propuestas para disminuir la litigiosidad fiscal en España a la luz del derecho comparado*. Col-legi Oficial de Gestors Administratius de Catalunya, Marzo 2014.

Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado la nueva ley.

2. Ley General Presupuestaria

La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911 admitió en su articulado que los conflictos sobre los derechos de la Hacienda Pública pudieran someterse al “*juicio de los árbitros*”, siempre que hubiere una ley que los autorizase.

El artículo 39 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, se desmarcó de la línea anterior al establecer que:

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje los derechos que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno.”

El citado precepto fue trasladado casi con idéntica redacción a la actual Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que establece en su artículo 7.3:

“Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.”

Como puede apreciarse, este precepto autoriza la posibilidad de acudir al arbitraje en los conflictos que puedan surgir en torno a los derechos de la Hacienda Pública estatal; pero no regula el régimen jurídico del mismo¹⁴⁵. El precepto se refiere expresa y exclusivamente a los derechos, lo que hace que quede excluida toda posibilidad de someter a arbitraje las obligaciones de contenido económico de la Hacienda Pública.

Los derechos a los que se refiere el artículo son aquellos que vienen especificados en el artículo 5 de la misma Ley, esto es, los derechos de carácter económico titularidad de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, ya sean de naturaleza pública o privada (art. 5.2). El art. 5.1 de la LGP establece que:

“La Hacienda Pública estatal está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos.”

Por lo que se refiere al dictamen del Consejo de Estado, no será vinculante, de acuerdo con lo establecido en el art. 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 21 de abril, del Consejo de Estado¹⁴⁶.

¹⁴⁵ En este sentido se expresó la Junta de Contratación en el Informe 104/1981, de 28 de enero de 1982 (el cual puede encontrarse transcrito, en parte, en MORENO GIL, O., *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 1998, pp.859 y ss.). Como la entonces vigente ley de Arbitraje Privado establecía que “los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho Público...continuarán sometidos a las disposiciones por las que se rigen” y esas disposiciones todavía no existían, la Junta de Contratación en el citado informe, decía: “Por ello surge la laguna de su régimen jurídico que exigirá concebir para cada caso la cláusula o contrato oportuno en donde se determine el régimen de resolución, sin perjuicio de que en su día se aprobara una disposición al efecto”

¹⁴⁶ En concreto el precepto establece:

Del contenido específico del acuerdo del Consejo de Ministros nada dice la Ley al respecto, por lo que en principio sería suficiente un acuerdo que se limitara autorizar el arbitraje para el caso concreto¹⁴⁷.

Resulta llamativo y revelador el hecho de que el legislador ya en 1911 previera la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que se suscitaran sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal. Pues se trata de someter a la decisión de un tercero imparcial, distinto del juez predeterminado por la Ley, los derechos de la Hacienda Pública, que son de interés general. Pero resulta todavía más significativo el hecho de que la autorización de dicho arbitraje quede sujeta a una norma emanada del Consejo de Ministros, no del poder legislativo. Así la Ley condiciona el arbitraje sobre los derechos de la Hacienda Pública, a la decisión del poder ejecutivo.

3. Ley de Patrimonio de las AA.PP.

En la misma línea, admitiendo el sometimiento de los conflictos a arbitraje, se pronunciaba en su artículo 41 la anterior Ley de Patrimonio del Estado (texto articulado de la Ley de Bases de Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril), condicionando esta posibilidad a que sea el legislador mediante ley, quien lo autorice:

“La consulta al Consejo será preceptiva cuando en ésta o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos. Los dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.”

¹⁴⁷ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 97.

“Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales, hará falta una Ley que lo autorice.”

Actualmente, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 31, también se refiere a la arbitrabilidad de las contiendas derivadas de los derechos y obligaciones sobre los bienes públicos:

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

El arbitraje resulta, pues, muy difícil, como ocurre con los derechos de la Hacienda Pública, debido a la rigidez de los requisitos que se exigen para que el arbitraje pueda tener lugar. Sin embargo, también aquí se detecta la tendencia flexibilizadora del legislador, al delegar en el poder ejecutivo la decisión sobre la arbitrabilidad de una cuestión de Derecho Público.

Sirve aquí la misma reflexión que se ha hecho al tratar sobre los derechos de la Hacienda pública. Y es que con estas previsiones legislativas, se deduce que el legislador no ve obstáculos a que controversias sometidas al Derecho administrativo, por afectar a los intereses generales, puedan someterse a la decisión vinculante de un particular.

4. Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

En el ámbito del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, el legislador ha querido promocionar

expresamente los mecanismos convencionales así como los métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos.

4.1. El artículo 86 de la Ley 39/2015

El artículo 86 de la Ley 39/2015 prevé la posibilidad de terminación convencional de los procedimientos administrativos. Este precepto fue considerado una de las novedades más importantes de la anterior ley del procedimiento administrativo, la Ley 30/1992 (antes, art. 88) y que ha sido trasladado íntegramente a la nueva Ley 39/2015. En concreto, el precepto prevé que las Administraciones Públicas puedan celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos cuyo objeto sea siempre la satisfacción del interés público y versen sobre materias susceptibles de transacción, y que los mismos tengan el carácter de finalizadores del procedimiento¹⁴⁸.

Este precepto se introdujo con intención de promover la participación de los ciudadanos en la resolución de los procedimientos administrativos a través de mecanismos negociales o cuasinegociales. Esta incorporación es la materialización legislativa de la tendencia europea consistente en acercar la Administración al ciudadano, comprendida en las llamadas teorías de la seducción, que defienden la necesidad de mitigar la hostilidad entre las partes en una relación

¹⁴⁸ El apartado 1 del artículo 86 Ley 39/2015 establece:

“Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.”

jurídico-pública. Por su parte, el precepto también se incorporó con la intención de disminuir la litigiosidad, entendiendo que, si eran las partes las que de mutuo acuerdo habían puesto fin a la vía administrativa, difícilmente habría lugar a recurso contencioso-administrativo.

4.2. El artículo 112.2 de la Ley 39/2015

La nueva Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas mantiene en su artículo 112.2 la previsión que contenía el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en el procedimiento administrativo¹⁴⁹. En concreto, el precepto prevé la posibilidad de que, en determinadas circunstancias y cumpliendo una serie de requisitos, puedan sustituirse los recursos de alzada y el potestativo de reposición por los procedimientos de impugnación, conciliación, reclamación, y arbitraje. Así, el precepto establece:

“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

¹⁴⁹ Una de las novedades más importantes que introdujo la Ley 30/92 en lo referente a los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho público, fue la previsión hecha en el apartado segundo del art. 107, encuadrado en el capítulo dedicado a los “recursos administrativos”, enmarcado a su vez en el Título VII sobre la “revisión de los actos en vía administrativa”. El apartado 2 del referido artículo, según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modifica la Ley reguladora del Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,

respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas 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.”

Este precepto, con su aparición en la anterior Ley, dio lugar a la publicación de trabajos de expertos administrativistas, que se mostraron optimistas ante esta previsión legislativa¹⁵⁰. Y es que para algunos, estos procedimientos alternativos eran el remedio a la ineficaz actuación de la Administración en el procedimiento administrativo¹⁵¹. Precisamente en el principio de eficacia se basó ROSA MORENO en 1998 para hacer una defensa del arbitraje que planteaba la Ley 30/1992¹⁵².

¹⁵⁰ Como es ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

¹⁵¹ PIÑAR MAÑAS, J.L., *Disposición Adicional Segunda*, en *La reforma del procedimiento administrativo. Comentario a la Ley 4/1999, de 13 de enero* Dykinson, Madrid, 1999, pp. 459 y ss.: “Los recursos de alzada y de reposición siguen sin alcanzar el fin que deberían cumplir. Siguen siendo (no tanto el segundo, dado su carácter facultativo) una carga para el particular sin apenas posibilidades de que con ellos se evite el recurso contencioso. La Administración sigue prefiriendo que la razón a los particulares (cuando la tienen) se la den los Tribunales.”

¹⁵² ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

El legislador, con este precepto, pretendía incitar al administrado a acogerse a los medios extra-administrativos para, así, dinamizar el procedimiento administrativo y reducir la litigiosidad¹⁵³, al entender que la decisión tomada por un órgano neutral satisfaría más a las partes en conflicto.

La buena acogida que el precepto tuvo en parte de la doctrina convenció al legislador de la oportunidad de desarrollar legislativamente el apartado segundo del artículo 107 de la Ley 30/1992. De ahí que en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se previera un plazo para la remisión a las cortes de los proyectos que regularan los procedimientos alternativos a los recurso de alzada y reposición. En concreto la Disposición Adicional establecía:

“En el plazo de dieciocho meses, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el proyecto o proyectos de ley que resulten necesarios para regular los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición.”

Sin embargo, los proyectos a que se refería la Disposición Adicional nunca llegaron a ver la luz. Pasó el tiempo y la inactividad del legislador provocó que alrededor del precepto surgiera una gran confusión sobre la viabilidad jurídica y constitucional del mismo.

Sea como fuere, son muchas las posibilidades que ofrece este precepto, aquí se van a analizar sus puntos fuertes y sus puntos débiles en base a los distintos pronunciamientos doctrinales.

¹⁵³ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997, p.94.

La primera cuestión a analizar es la relativa a la reserva legal. El art.112.2 de la Ley 39/2015 prevé la reserva legal para el desarrollo del mismo. Sólo por una Ley aprobada por el Parlamento podrán regularse los procedimientos extra-administrativos previstos por el precepto.

La cuestión es si la reserva legal se refiere a una ley estatal o a una ley autonómica. El precepto habla de leyes, por lo que parece que tanto las leyes estatales como autonómicas podrán regular estos procedimientos extra-administrativos. Sin embargo, el arbitraje es competencia exclusiva del Estado, así lo declaró el TC en sentencia 15/1989, de 26 de enero, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley General de Defensa del Consumidor y del Usuario:

“el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado”

Y en STC 62/1991, de 22 de marzo, declarando inconstitucional la creación por la Comunidad Autónoma de Galicia de órganos arbitrales y la implantación del arbitraje, previstas en la Ley Gallega de Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁵⁴. Todo ello en base a los subapartados 5, 6, del apartado primero del art. 149 CE, que prevén la reserva competencial del estado para la Administración de Justicia y la legislación procesal, respectivamente. No obstante, el arbitraje planteado en el art.112.2 Ley 39/2015 no queda enmarcado dentro de la Administración de Justicia y su regulación no sería propiamente legislación procesal. Y es que, como se va a señalar en

¹⁵⁴ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997, p. 91 : “Aunque esas leyes, como hemos dicho, no establecen en puridad un sistema de arbitraje de Derecho administrativo sino que, más bien, recogen lo que hemos denominado actividad administrativa arbitral, lo cierto es que constituyen un punto de partida innegable.”

seguida, aunque el precepto lo califica de arbitraje, lo ahí previsto no es propiamente un arbitraje, sino un procedimiento con rasgos comunes al arbitraje, pero que, en lo esencial, en nada coincide con el mismo.

Es el apartado 18º del art. art. 149.1 CE el que otorga al Estado la competencia en esta cuestión, al prever la competencia estatal en materia de “*procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*”, quedando pues clara, la competencia del Estado en lo referente a los medios sustitutivos de los recursos de alzada y reposición.

Ahora bien, nada impide que, una vez regulada la materia por el Estado, las Comunidades Autónomas desarrollen legislativamente las bases de la Ley estatal en materias de su competencia.

Además, aparecen dos cuestiones más importantes: por un lado, la de si dichos medios de resolución de conflictos están concebidos por el legislador como sustitutivos de la vía administrativa o de la vía judicial o de ambas y, por otro, la de si los medios extra-administrativos que prevé la ley, son obligatorios o potestativos para las partes.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el hecho de que el precepto se encuentre en el marco de la Ley que regula el procedimiento administrativo, lleva a pensar que la intención del legislador era la de que estos métodos de resolución de conflictos sustituyeran únicamente la vía administrativa. El legislador pretendía, más bien, llevar a cabo una revitalización orgánica del recurso administrativo¹⁵⁵; no tanto la transposición del arbitraje tal como está concebido en el ámbito privado. El arbitraje del art. 112.2 de la Ley

¹⁵⁵ ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1998, p. 99.

39/2015 está planteado como un sustitutivo del recurso administrativo, y no del recurso contencioso-administrativo, de esa forma, si las partes no estuvieran de acuerdo con el laudo arbitral¹⁵⁶ podrían recurrirlo ante el juez competente¹⁵⁷.

Se trataría, pues, de un vía parecida a la que existe para los procedimientos expropiatorios. De igual manera que la resolución del Jurado Provincial de Expropiación pone fin a la vía administrativa y sólo cabe contra ella recurso contencioso-administrativo, así, el laudo pondría fin a la vía administrativa y dejaría abierta la puerta de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, el laudo podría calificarse como de acto administrativo, no tanto por la persona que lo dicta, si no por sus efectos¹⁵⁸.

¹⁵⁶ la palabra “laudo” aparece en cursiva porque, tal y como se verá a continuación, la resolución que en ese procedimiento se emitiría no sería propiamente un laudo, pues no se trata de un verdadero arbitraje.

¹⁵⁷ SÁNCHEZ MORÓN, *Recursos administrativos*, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, p.347: “Tal y como está previsto en la Ley 30/1992, el arbitraje administrativo no puede excluir ni sustituir el recurso contencioso-administrativo.”

Autores como TRAYTER JIMÉNEZ, en cambio, consideran que el arbitraje previsto por la ley de procedimiento administrativo excluye la vía jurisdiccional, pues si no fuera así la ley no hablaría de arbitraje, sino de otra institución. Véase TRAYTER J.M. “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997.

¹⁵⁸ A favor de entender el laudo como acto administrativo que pone fin a la vía administrativa se pronunció CORTADA ESTEVE, M., “El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 51, 1998, p. 268.

Acierta TRAYTER a señalar que en el caso de que el precepto estuviera concebido como un sustitutivo de la vía contencioso-administrativa, los medios previstos por el precepto deberían tener carácter voluntario, porque entiende que no puede privarse

En cuanto a la cuestión sobre la imperatividad o voluntariedad del arbitraje previsto por el art. 112.2 Ley 39/2015, sería conveniente que el arbitraje fuera voluntario para el administrado porque ello conllevaría mayores ventajas y sería mucho más eficiente. El que fuera voluntario produciría un efecto psicológico muy positivo en el administrado, pues en el caso de obtener un laudo desfavorable o condenatorio, ello le desincentivaría a acudir a la vía contencioso-administrativa por ser dicha resolución una decisión venida de un órgano neutral y desvinculado de la Administración¹⁵⁹. Sin embargo, la letra de la ley parece indicar que el legislador no pretendía que los métodos extra-administrativos fueran opcionales, sino más bien

al administrado de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque, según dice, el laudo no podría recurrirse y sólo podría ser objeto de anulación, en caso de que procediera dicha acción.

Esta visión vendría reforzada por la ya citada, STC, Pleno, de 23 de noviembre de 1995 citar bien. En esta sentencia el TC declaró inconstitucional el sistema de arbitraje imperativo a propósito del que se recogía en el párrafo primero del artículo 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres. Recordemos que el citado precepto establecía: «*Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario*». Si en cambio, el citado precepto no se hubiera concebido como un sustitutivo obligatorio a la vía judicial, si no como alternativo a la vía administrativa entonces no tendría por qué entenderse vulnerado el Derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁵⁹ MARESCA CABOT, J., “El arbitraje en la Ley del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común”, *Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995, p. 70 se ha pronunciado también en defensa de un arbitraje alternativo a los recursos administrativos: “*necesariamente ha de tener carácter alternativo u optativo- en cuanto se configura como un plus de garantías para los ciudadanos y de acierto para una rápida y eficaz actuación administrativa-y consiguientemente no supondrá la exclusión del recurso administrativo ordinario.*”

obligatorios y sustitutivos de los recursos administrativos¹⁶⁰. Si nos atenemos a la interpretación literal del precepto, no aparecen dudas al respecto: “*Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada*”. El legislador es el que se decidirá por el recurso de alzada o por el *arbitraje*, y no las partes, ni siquiera el administrado. Sin embargo, hay que señalar que la obligatoriedad del *arbitraje* en los casos que establezcan las leyes, no hace sino desnaturalizar el arbitraje, cuyo fundamento es la libertad¹⁶¹.

Y es que, efectivamente, el hecho de que el arbitraje sustitutivo de los recursos de alzada y reposición no excluya la vía jurisdiccional, así como la obligatoriedad del mismo, supone una desnaturalización de la institución arbitral. Son, precisamente, el carácter de equivalente jurisdiccional y la voluntariedad dos elementos esenciales de la misma. Por ello, se puede afirmar que en este caso no se está frente a un arbitraje *strictu sensu*, sino más bien frente a un arbitraje impropio o atípico o un *seudoarbitraje*. En este sentido, hubiera sido más acertado y riguroso que el legislador hubiera utilizado una terminología diferente para denominar a este medio alternativo, en lugar de utilizar la palabra arbitraje; así, se evitarían confusiones entre la doctrina al tratar de analizar las distintas instituciones arbitrales y *seudoarbitrales* que existen¹⁶².

¹⁶⁰ En este sentido se han pronunciado SÁNCHEZ MORÓN, *Recursos administrativos*, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, p.346; y ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p.98.

¹⁶¹ De ahí que en las líneas precedentes se haya optado por poner en cursiva la palabra *arbitraje*.

¹⁶² En el mismo sentido se ha expresado GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 114 y 115.

En cualquier caso, sería deseable que se llevara a cabo el efectivo desarrollo legislativo de un sistema *seudoarbitral* voluntario y alternativo a la vía administrativa y que dejara siempre, y en todo caso, abierta la puerta a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación, el art.112.2 Ley 39/2015 prevé la posibilidad de que las leyes sustituyan los recursos de alzada y de reposición por los métodos alternativos de resolución de conflictos en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique. Sobre la interpretación que debe darse a estas palabras existen variadas opiniones.

Autores, como SARMIENTO ACOSTA, han entendido que estas palabras prevén los métodos sustitutivos como medio excepcional, frente a los recursos administrativos que serán la norma general¹⁶³. Otros, como GARCÍA PÉREZ, en cambio, han entendido que no era esa la intención del legislador, y que más bien pretendía que los métodos extra-administrativos se regularan para materias que por su especificidad o su dificultad requieren de una determinada preparación técnica que no es razonable pedir a la Administración. Con ello se conseguirían resultados mucho más eficaces. Como expresa GARCÍA PÉREZ:

“En realidad, el mecanismo es muy simple: si para resolver es preciso acudir a expertos, y su juicio será el que determine sí o sí la decisión administrativa, ahorraremos trámites, ganemos eficacia y operatividad y permitamos que

¹⁶³ SARMIENTO ACOSTA, M. J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Civitas, Cizur Menor, 1996, pp. 312 y ss.

sean los expertos quienes conozcan y resuelvan el recurso en lugar de limitarse a informar."¹⁶⁴

Conviene destacar que lo dicho en torno al art. 112.2 de la Ley 39/2015 sobre el ámbito de aplicación objetivo va a ser de una gran trascendencia en el capítulo V de esta investigación dedicado al ámbito de aplicación objetivo del arbitraje de Derecho público. Por lo que va a haber ocasión de analizarlo con detalle, más adelante. Resulta interesante destacar que parte de la doctrina ha relacionado como cuestiones objeto del *seudoarbitraje* previsto en el art. 112.2 todas aquellas materias que son disponibles¹⁶⁵. TRAYTER, por su parte, hace un examen minucioso y una enumeración detallada de esas materias¹⁶⁶. El catálogo de materias por el autor propuestas, que analizaremos en el capítulo V de esta tesis, es el siguiente:

¹⁶⁴ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp.116 y 117. La autora también declara: "No se trata tanto de preservar el espacio natural que le corresponde a los procedimientos generales u ordinarios (...), como de recalcar en positivo que pueden existir determinados ámbitos en los que deban buscarse fórmulas alternativas probablemente más eficaces y operativas. No me cabe duda alguna, por ejemplo, de que será utilísima la técnica en sectores que por su especialidad o tecnificación requieran la existencia de un órgano o comisión formada por especialistas, que eximan al órgano administrativo de resolver en alzada o reposición una cuestión sobre la que, por incapacidad y desconocimiento, tenga que pedir asesoramiento y resolver de acuerdo con los criterios que determinen los expertos."

¹⁶⁵ MARESCA CABOT, J. C., "El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común", *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995, p. 30; TORNOS MAS, J., "El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura", *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995, p. 21. TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "El arbitraje de Derecho Administrativo", *Revista de administración Pública*, nº 143, Madrid, 1997, p. 95.

¹⁶⁶ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "El arbitraje de Derecho Administrativo", *Revista de administración Pública*, nº 143, Madrid, 1997, p. 95 a 102.

III. El arbitraje en la legislación administrativa vigente

- *Contratos administrativos típicos.*
- *Contratos administrativos atípicos, contratos privados de la Administración.*
- *Convenios entre Administraciones Públicas.*
- *Convenios colectivos en la función pública.*
- *Convenios urbanísticos.*
- *Convenios expropiatorios.*
- *El acuerdo indemnizatorio como finalización del procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*
- *La terminación convencional en materia sancionatoria.*
- *La concesión de ayudas y subvenciones públicas.*
- *La terminación convencional de los procedimientos de otorgamiento.*
- *Modificación y extinción de autorizaciones.*
- *Y otras como los conciertos educativos y sanitarios, las reclamaciones y convenios tributarios, las concesiones administrativas etc.*

Por lo que se refiere a los órganos que deberán resolver el arbitraje, el art. 112.2 de la Ley 39/2015 se refiere a órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. Esta previsión de la Ley recuerda a los Jurados Provinciales de Expropiación, que son órganos administrativos a los efectos de eficacia y operatividad, pero que, sin embargo, son independientes y no están sometidos a superior jerárquico alguno¹⁶⁷.

¹⁶⁷Véanse los arts. 31 y ss. de la Ley 351/1954, de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre. El Jurado Provincial de Expropiación es un órgano independiente adscrito a la Administración del Estado para su mejor funcionamiento. Está compuesto por un Presidente que es un Magistrado, designado por el Presidente de la Audiencia Provincial correspondiente, y cuatro vocales, dos de ellos funcionarios públicos (un Abogado del Estado y un funcionario técnico) y otros dos provenientes

PAREJO ALFONSO aboga también por esta idea de que sean órganos plenamente independientes los que resuelvan este tipo de conflictos y de composición específica y especializada (incluso previendo la inserción de personas designadas por los ciudadanos interesados)¹⁶⁸.

Así, el Tribunal *seudoarbitral* tendría la misma naturaleza que tienen los Jurados Provinciales de Expropiación, se trataría, por tanto, desde el punto de vista funcional de un órgano administrativo pero desvinculado de la ordinaria organización jerárquica de la Administración¹⁶⁹. Algunos podrían oponer a la implantación de este tipo de tribunales *seudoarbitrales* la independencia funcional de los mismos, en base al principio de jerarquía que recoge el artículo 103 de la Carta Magna. Sin embargo, la existencia de este tipo de órganos administrativos independientes es habitual en el ordenamiento jurídico español, como ocurre con los Jurados de Expropiación. La actividad de estos últimos, en base a las funciones de valoración que realizan

del sector privado (un Notario y un representante de la organización profesional correspondiente).

¹⁶⁸ PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre el *arbitraje administrativo*, a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*”, nº1, 1999, p.25.

¹⁶⁹ STS 1004/1989, de 10 de febrero, doctrina que recoge la STS de 22 de febrero de 843/1993: “...*Los Jurados parecen en cierto modo desvinculados de la ordinaria organización jerárquica de la Administración, de manera que a pesar de que su naturaleza es con toda evidencia administrativa, sin embargo, los recursos de conocen se salen del cauce jerárquico normal y frente a sus acuerdos tampoco se sigue la línea jerárquica administrativa, sino lo que procede es acudir directamente a su revisión jurisdiccional. Dicha posición de los Jurados de Expropiación es en cierto modo externa al conjunto orgánico ordinario de la Administración del Estado.*”

por su imparcialidad y competencia técnica, ha venido calificándose como arbitral o cuasi-jurisdiccional¹⁷⁰.

En suma, el art. 112.2, y en concreto la implantación de métodos alternativos a la vía administrativa, ofrece amplios horizontes para la revitalización de ésta, haciéndola más efectiva, de manera que se evite en mayor grado la judicialización de los conflictos administrativos¹⁷¹.

5. La contratación pública

Son muchos los autores que han visto en la actividad convencional de la Administración y, más en concreto, en el ámbito de la contratación pública, la parcela idónea para someter a arbitraje¹⁷². Más adelante, en el capítulo V, se van a analizar con detalle los argumentos que fundamentan la postura de los distintos

¹⁷⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 944 y ss.

¹⁷¹ PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre el *arbitraje administrativo*, a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*”, nº1, 1999, p. 19 : “*ofrecen amplias posibilidades tanto de actualización y revitalización de la vía administrativa previa en el sentido de su funcionalización al servicio de la autocomposición de los conflictos que puedan surgir en el seno de las relaciones jurídico-administrativas, como de evitación de la prolongación innecesaria de conflictos judicializados*”

¹⁷² Entre otros, destacan: ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997; TORNOS MAS, J. “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura”, *Butlletí núm. 6 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1995; MARESCA CABOT, J., “El arbitraje en la Ley del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común”, *Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995.

autores. Aquí interesa, ver que no ha sido solo una corriente doctrinal, sino que el legislador también se ha aventurado a regular el arbitraje en el ámbito de la contratación pública.

Para un mejor análisis de la cuestión, se va a distinguir entre los contratos de las Administraciones Públicas de carácter interno o nacional, y los contratos de las Administraciones Públicas de carácter internacional.

5.1. Contratos de las Administraciones de carácter interno o nacional

En el ordenamiento jurídico español la admisión del arbitraje en el ámbito de la contratación administrativa no ha sido una cuestión pacífica. El Estatuto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852 lo prohibía expresamente en su artículo 12:

“Ningún contrato celebrado en la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse [...] por la vía contencioso-administrativa.”

Posteriormente, como ya se ha señalado, la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, en su artículo 6, da un paso adelante, exigiendo para la admisibilidad del arbitraje en la contratación pública, una autorización legal expresa. Más tarde, el Reglamento General de la Contratación del Estado de 1975 admitió el arbitraje sobre los Contratos del Estado, requiriendo para ello el mismo requisito previsto en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, esto es, una autorización legal expresa. Con posterioridad, esa exigencia fue rebajada a la de un Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno, por el artículo 39.1 de la Ley de 4 de enero de 1977, General Presupuestaria, que fue confirmado por la posterior Ley General Presupuestaria de 1988, según entendió el Consejo de Estado en su dictamen 214/1992, de 21 de mayo.

De esta regulación preconstitucional, y siguiendo a GARCÍA PÉREZ, pueden enunciarse tres premisas sobre el arbitraje en la contratación pública: la admisibilidad del arbitraje, la falta de regulación del régimen jurídico del arbitraje en estos supuestos, y el requisito de la autorización del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno¹⁷³.

Por su parte, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas tampoco supuso un gran adelanto a este respecto, y es que el artículo 61.2 admitía la posibilidad del arbitraje, aunque remitiéndose a los requisitos del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria. En la misma línea siguió el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 60.2 y 117.3).

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpone la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, supuso un importante avance en el camino hacia admisión del arbitraje en la contratación pública.

Tanto en su redacción inicial como tras la reforma llevada a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, el legislador establece la posibilidad de que puedan promover el arbitraje, en la contratación pública, los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, respecto de las controversias que puedan surgir en torno a los efectos, cumplimiento y de la extinción de los contratos. La Ley de Contratos del Sector Público elimina, por tanto, toda remisión a la legislación presupuestaria, así como la habilitación general que permitía a las

¹⁷³ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 98.

Administraciones Públicas someter sus controversias contractuales a arbitraje. Literalmente en su art. 320 la Ley de Contratos del Sector Público señalaba:

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

El 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 (TRLCSPP), reproduce literalmente en su art. 50 el art. 320 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, manteniendo así la misma solución.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación subjetivo, debe aclararse qué se entiende por Administraciones Públicas para, así, saber quiénes no pueden remitir sus controversias a arbitraje, y por ende, quienes sí pueden hacerlo.

El concepto técnico-jurídico de Administraciones públicas viene delimitado en el art. 3.2 de la TRLCSPP que establece que tendrán la consideración de Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) *“Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior (esto es, las Administraciones Territoriales- la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes locales- así como las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social).*
- b) *Los Organismos autónomos.*
- c) *Las Universidades Públicas.*
- d) *Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y*

- e) *las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:*
- 1º. *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*
 - 2º. *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.*
- f) *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.*
- g) *(Suprimido)*
- h) *Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.”*

De este precepto, se deduce que no son Administraciones Públicas, y en consecuencia, sí que pueden someter a arbitraje sus controversias en materia de contratación, las sociedades públicas y las entidades públicas empresariales. En definitiva, el sector público empresarial, entre las que están incluidas entidades como ADIF, Puertos del Estado, todas las empresas de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI, como por ejemplo Navantia y Correos), así como todas las empresas del Grupo Patrimonio (como son SECEGSA y TRAGSA).

El precepto viene, pues, a admitir el arbitraje en los contratos privados y únicamente para las fases posteriores a la formalización de los mismos. Recordemos que el artículo 20 de la TRLCSP declara que tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la

condición de Administraciones Públicas. Nótese que la exclusión de tipo subjetivo de las Administraciones Públicas supone, también, una exclusión de tipo objetivo. En efecto, en la práctica se está imposibilitando el recurso al arbitraje en los contratos administrativos que necesitan de la presencia de la Administración Pública.

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, el art. 50 de la TRLCSP lo deja bien delimitado al referirse a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que se celebren, de lo que se deduce que no podrán someterse a arbitraje las actuaciones previas a la adjudicación del contrato. Por otra parte, es preciso destacar lo siguiente: cuando la Ley se refiere a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, recuerda que solo podrán ser objeto de arbitraje aquellos aspectos contractuales que están sometidos al Derecho Privado¹⁷⁴ respetando, así, la doctrina de los actos separables; pues recordemos que el TRLCSP, señala que el régimen jurídico de los contratos privados será en cuanto a su preparación y adjudicación,

¹⁷⁴ El TRLCSP en su artículo 20.2:

“Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.”

El art. 21.2 del TRLCSP:

“El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.”

el de Derecho administrativo; y en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, el de Derecho privado.

De modo que, de acuerdo con dicho artículo, no son susceptibles de arbitraje los actos separables que se dicten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados del sector público; y, en cambio, sí serán susceptibles de arbitraje los actos de contenido negocial que se encuadran en las fases de cumplimiento, efectos y extinción de los contratos privados del sector público.

En realidad, este tipo de arbitraje no ha suscitado ninguna duda entre la doctrina pues, en esos casos, la competencia jurisdiccional corresponde a la jurisdicción civil. A este tipo de arbitraje se le conoce como el arbitraje privado de la Administración aunque, como ya se ha dicho, no sea propiamente la Administración Pública la que puede acudir al arbitraje. De modo que las relaciones jurídico-privadas de las entidades del sector público, que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, pueden recurrir al arbitraje. Y es que estos son arbitrajes que pueden considerarse incluidos en el ámbito de aplicación material de la Ley de Arbitraje, sin suscitar mayor confusión; ya que el Derecho a aplicar en esos casos es el privado.

Con esta explicación se ha tratado de aclarar la cuestión que durante años ha venido provocando una gran confusión en torno al concepto de arbitraje público. Lo que en su artículo 50 prevé el TRLCSP no es un arbitraje de Derecho público, porque el régimen jurídico aplicable a los contratos privados del sector público en lo que a los efectos, cumplimiento y extinción se refiere es el de Derecho privado, y no el de Derecho público. Sin embargo, es usual encontrar en la rúbrica de los trabajos sobre el arbitraje de los contratos privados del artículo 50 LCSP, la palabra arbitraje, acompañada del calificativo

“administrativo” o de las palabras “Derecho público”¹⁷⁵ cuando, en realidad, lo que allí se trata es un arbitraje privado, pues el Derecho a aplicar tiene ese carácter.

Sin embargo, la duda aparece en torno al último apartado del artículo 20 que establece que serán de aplicación a los contratos privados del sector público las normas contenidas en el propio TRLCSP sobre modificación de los contratos, normas de carácter público. Esto es, ¿deben entenderse incluidos en el arbitraje previsto en el artículo 50 las controversias que se deriven de la aplicación de las normas sobre modificación de los contratos? No hay evidencia alguna que autorice a considerar que haya sido esa la intención del

¹⁷⁵ GARCIA ORTELLS, F., *Arbitraje y Derecho Público. Especial consideración en la Contratación Pública*, UNED, 2012. En su tesis el autor llega a la conclusión tras el análisis de la Ley de Contratos del Sector Público, de que el arbitraje está plenamente aceptado en el derecho público. Sin embargo, no parece que eso sea realmente así, cuando como ya se ha dicho, en el arbitraje previsto por la Ley, los árbitros no aplican en ningún momento el Derecho público.

DORREGO DE CARLOS, A., “El Arbitraje en los Contratos Públicos”, *Revista Jurídica de León*, nº 29, 2013: “No obstante lo anterior, para quienes tenemos cierta experiencia profesional en esta materia, la anterior afirmación no deja de resultarnos mucho más teórica que real. Es evidente que los contratos adjudicados por entes, organismos o entidades del sector público, aunque no reúnan técnicamente la condición de Administraciones públicas, no dejan de estar profundamente influidos por el Derecho público también en lo relativo a su ejecución y extinción. El propio artículo 20 lo reconoce abiertamente cuando afirma que se aplicarán a los contratos privados (del sector público) las normas de la LCSP sobre «... modificación...» de los contratos (uno de los aspectos más sensibles, singulares y netamente jurídico-públicos de la regulación general de los contratos públicos). Pero lo mismo cabría señalar (al margen de proclamaciones teóricas) respecto de otras muchas normas de la legislación general de contratos públicos, como las relativas a las causas de extinción de los contratos, los efectos del incumplimiento, la reparación de la responsabilidad contractual, el reequilibrio económico-financiero, etc., respecto a las que resulta difícilmente evitable la aplicación preferente de las normas jurídico-públicas.”

legislador, que ha dejado bien claras que las fases contractuales arbitrables son las que se rigen por las normas de Derecho privado. Pero es innegable que hubiera resultado conveniente que el legislador lo especificara, pues ello hubiera evitado no pocas confusiones.

5.2. Contratos de las Administraciones de carácter internacional (los celebrados en el extranjero y/o con empresas extranjeras)

En la contratación pública internacional, el arbitraje no sólo no ha suscitado dudas si no que más bien ha sido promovido por el propio legislador, ante la eventualidad de someterse a los tribunales de de un país extranjero¹⁷⁶. Así, en la actualidad, también se mantiene por el TRLCSP la conveniencia de que se prevean cláusulas arbitrales en los contratos con empresas extranjeras, supuesto que se prevé en la Disposición Adicional Primera, apartado 3 del TRLCSP:

“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

¹⁷⁶ Los contratos celebrados en el extranjero han tenido desde 1965 una regulación especial. El art. 5 del Decreto 3635/1965, de 25 de noviembre, establecía: “*En todos los contratos del Estado en el extranjero se procurará incluir, por vía de cláusula, estipulaciones tendentes a preservar los intereses del Estado ante posibles incumplimientos del Empresario, a autorizar las modificaciones del contrato que puedan hacerse convenientes y a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas de arbitraje sencillas; procurando, en todo lo posible, la sumisión a Tribunales españoles.*” Como puede apreciarse, para que los contratos celebrados en el extranjero puedan someterse a arbitraje no se requería la autorización previa del Consejo de Ministros.

podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.”

El hecho de que en los contratos con empresas extranjeras las Administraciones Públicas puedan someter sus controversias a arbitraje, encuentra su justificación histórica en la práctica internacional de inversiones y en la internacionalización de los contratos públicos.

Por un lado, en el marco internacional, y como consecuencia de la necesidad de inversiones de capital privado para llevar a cabo proyectos públicos, los Estados se han visto obligados a admitir el arbitraje para la resolución de los eventuales conflictos que puedan surgir entre los estados y sus inversores. Antes de invertir en un Estado extranjero, las empresas inversoras buscan seguridad jurídica y recibir un trato igual al que reciben las empresas nacionales, que se traduce en: reglas jurídicas claras y sencillas, garantías para la empresa y para las personas físicas que la conforman y un sistema justo e imparcial para la resolución de los conflictos que pudieran surgir entre el inversor y el Estado en el que se invierte.

Como consecuencia de estas exigencias de los inversores, surgieron los Tratados Bilaterales y Multilaterales en materia de protección de Inversiones (también conocidos como TBI o APPRIS). Estos Tratados incluyen una norma de suma importancia a los efectos de la materia que aquí se trata, y es la de que la empresa inversora extranjera podrá acudir a arbitraje internacional para resolver sus diferencias con el Estado beneficiario de la inversión.

Por otro lado, en las últimas décadas los inversores internacionales han venido exigiendo la internacionalización de los contratos de Estado o contratos públicos. Las empresas privadas, para una mayor seguridad, han pedido la internacionalización de estos contratos en dos sentidos: a) la de someterse a la regulación de un tercer Estado, al Derecho de la Unión Europea o al Derecho Internacional y b) la de someter los eventuales conflictos al arbitraje internacional.

Finalmente, es de destacar la iniciativa privada que, con la intención de potenciar el arbitraje en el ámbito de la contratación pública, ha dado lugar a la creación del Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (TACOP), encuadrado en la prestigiosa Asociación Europea de Arbitraje.

Como se ha tenido ocasión de comprobar tras esta revisión legislativa, es muy distinta la situación en la que se encuentra la institución arbitral según se trate de contratos de internos o nacionales o se trate de contratos internacionales. Así, la falta de vitalidad que tiene el arbitraje público en el ámbito interno, no se debe tanto a razones de tipo jurídico, como a que tradicionalmente las normas jurídicas no han hecho un replanteamiento a fondo del tratamiento que merece esta institución.

6. La actividad arbitral de la Administración

Al hablar de la actividad arbitral de la Administración¹⁷⁷ se está haciendo referencia a aquellas situaciones en que la Administración asume la condición de árbitro en un conflicto, ya sea de Derecho público como de Derecho privado. PARADA VÁZQUEZ la define como:

“la potestad de resolver conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa.”¹⁷⁸

¹⁷⁷ Este punto ha sido estudiado en profundidad por MARESCA LASA, A., *El Arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005, pp.169 y ss.

¹⁷⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I. Parte general*, OPEN, Madrid, 2014.

En este campo podemos distinguir entre la actividad administrativa arbitral de la Administración y la actividad de la Administración como árbitro en conflictos de derecho privado.

6.1. La actividad administrativa arbitral de la Administración Pública

En la actividad administrativa arbitral la Administración Pública actúa en ejercicio de sus potestades administrativas, de modo que su decisión final es un acto administrativo fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este ámbito podemos destacar tres tipos de tribunales administrativos con funciones arbitrales: los Tribunales Económico-Administrativos, el Tribunal Administrativo de la Comunidad Foral de Navarra y el Consejo Tributario (*Consell Tributari*) del Ayuntamiento de Barcelona¹⁷⁹.

Los Tribunales Económico-Administrativo tienen encomendada la resolución de los recursos económico administrativos, de modo que la materia a tratar tiene un carácter puramente tributario, sin alcanzar disposiciones administrativas. Estos tribunales dependen del Ministro de Hacienda. Son órganos colegiados, integrados por funcionarios públicos, lo que los configura como auténticos órganos administrativos. Tal como se ha señalado las resoluciones de los

¹⁷⁹ RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., *Los Tribunales Administrativos* en Carretero Espinosa de los Monteros, C., *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de derecho público*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2003, pp. 13 a 114 .

Tribunales Económico-Administrativos son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸⁰.

El Tribunal Administrativo de Comunidad Foral de Navarra conoce de los recursos de alzada contra los actos y acuerdos de las entidades locales de la Comunidad Foral de Navarra. Dicho recurso tiene carácter potestativo y gratuito, y es alternativo a la interposición del recurso contencioso-administrativo. Las resoluciones de este Tribunal son actos administrativos y, en consecuencia, son susceptibles de ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal conoce de todos los asuntos de carácter administrativo, y también de los de índole tributaria¹⁸¹.

El Consejo Tributario (*Consell Tributari*) del Ayuntamiento de Barcelona no es propiamente un Tribunal Administrativo. Su principal función consiste en asesorar y proponer las resoluciones frente a las reclamaciones económico-administrativas interpuestas en el perímetro del Ayuntamiento de Barcelona.

Resulta muy reveladora la STS 12/2008, de 16 de enero, tratando de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, en la que quedan perfectamente diferenciados los dos tipos de actividad arbitral que puede llevar acabo el sector público:

¹⁸⁰ De acuerdo con lo regulado en el Capítulo IV, artículos 226 a 249, de la Ley 58/2993, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por el Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo.

¹⁸¹ Véanse: Ley Foral 23/1983, de 22 de abril, reguladora del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra; Decreto Foral 173/1999, de 24 de mayo, por el que se modifica el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Navarra, aprobado por el Decreto Foral 31/1998, de 9 de febrero; y la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, Administración Local de Navarra (art. 337 a 340).

“La función arbitral privada que pueden asumir los denominados organismos reguladores debe distinguirse -y no siempre se hace con la suficiente claridad- de la que compete a esos mismos organismos para determinar, en caso de conflicto entre los operadores (por falta de acuerdo sobre problemas de compartición de redes, de interconexión o similares), medidas ejecutivas con fijación de condiciones correspondientes que suplan aquel acuerdo. No se trata en estos últimos supuesto, de un arbitraje voluntario sujeto a la Ley 60/2003, de Arbitraje, sino de una función pública determinada por la necesidad de preservar los intereses generales subyacentes en la regulación de cada sector, cuyo ejercicio se traduce en una decisión estrictamente administrativa, con fuerza de obligar, impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa.”

De modo que, en la actividad administrativa arbitral, no se está frente a un arbitraje *strictu sensu*, si no ante un procedimiento de resolución de conflictos administrativos que reúne algunas características propias del arbitraje, pero no las esenciales: la voluntariedad y el carácter de equivalente jurisdiccional, pues la resolución que pueda dictar el órgano administrativo es perfectamente impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

6.2. La actividad del Sector Público como árbitro en conflictos *inter privatos*

Debe distinguirse la actividad administrativa arbitral de la Administración, descrita en el apartado anterior, con la actividad que puede llevar a cabo Administración Pública interviniendo como árbitro en un conflicto entre personas privadas de forma previa y provisional a la vía contencioso-administrativa o con carácter alternativo a la misma.

La STS de 12/2008, de 16 de enero se refiere a esta actividad como sigue:

“La actuación arbitral, que culminará normalmente en el laudo dictado en el ejercicio de dicha función, sigue en estos casos el mismo régimen jurídico que la llevada a cabo por cualquier árbitro y los laudos que emitan dichos organismos están sujetos al mismo régimen de impugnación que todos los demás (ante la jurisdicción civil).”

Este tipo de arbitraje está sometido al régimen de la Ley 60/2003, de Arbitraje, de acuerdo con el art. 1.3 de la misma que establece que será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes¹⁸².

A primera vista, puede resultar anómalo que el legislador haya encomendado a la Administración Pública la función de ejercer de árbitro en conflictos en que las partes son personas privadas. La explicación se encuentra en que, si bien es cierto que son conflictos entre privados, esos conflictos se dan en sectores de interés general en los que existen importantes intereses y bienes públicos implicados; de modo que, por la resolución de uno de esos conflictos pueden verse directa o indirectamente afectados el interés general y el dinero público.

Como se verá, muchos de los sectores afectados por la actividad de la Administración como árbitros fueron servicios públicos que, a consecuencia de la entrada de España en la Comunidad Europea, se fueron privatizando, siguiendo la corriente liberal que domina en Europa. Desde entonces, las implicaciones del modelo de Estado Social han ido modulándose, y hoy en lugar de presentarse el Estado como un Estado prestador de servicios públicos, este aparece frente a

¹⁸² El apartado tercero del artículo 1 de la LA establece:

“Esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes.”

la sociedad como un garante o garantizador de los servicios de interés general¹⁸³.

Conviene ahora repasar someramente los dos tipos de actividad arbitral que ejerce la Administración Pública.

6.2.1. Arbitrajes previos a la jurisdicción contencioso-administrativa

En primer lugar, procede abordar la actividad como árbitro de la Administración como vía alternativa a la tradicional vía administrativa. Así, en estos supuestos, la resolución del tribunal administrativo arbitral, no hace sino poner fin a la vía administrativa, siendo por tanto, perfectamente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos supuestos, se trataría de un

¹⁸³ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp.25 y 26: “Es en esa definición y defensa de bien común, del interés general, donde encuentra su principal sentido ese Estado-o como se le quiera llamar- que está perdiendo buena parte de su capacidad de gestión y acción directa, por falta de conocimiento y falta de instrumentos, ante una sociedad que se ha hecho poderosa a través de sus cerrados sistemas eficazmente organizados y autorregulados. Aquí parece ya insinuarse la orientación del movimiento de repliegue estratégico y, con él, la redefinición del Estado, que no puede definirse y caracterizarse ya como un Estado gestor o prestador directo, pues le faltan los medios y las posiciones de dominio, sino como un Estado que se concentra en los fines, en los objetivos de interés general y atención al bien común que tiene encomendados y en garantizar su realización. Es lo que se ha dado en llamar Estado garante, aunque hay también otros modelos novedosos que se presentan con similar contenido aunque con una variación fundamentalmente terminológica: son otras denominaciones que vienen a expresar la misma idea; así la del Estado regulador, que pretende regular y orientar hacia objetivos de general interés la actividad de operadores privados que ocupan los espacios de aquél en sectores clave como son los servicios de interés general, o la muy expresiva y reciente denominación del Estado estratega”

arbitraje impropio¹⁸⁴, pues no reúne las características esenciales de la voluntariedad y de ser un sustitutivo de la vía judicial.

Así, como ejemplos de la actividad de la Administración como árbitro previa a la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentran: la conciliación obligatoria prevista por la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, en materia de invenciones laborales ante el Registro de la Propiedad Industrial (art. 140 a 142)¹⁸⁵; y las funciones de mediación y arbitraje de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual por atribución del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 158 bis)¹⁸⁶.

¹⁸⁴ De ahí que se haya optado por la cursiva al hablar de arbitraje en este apartado.

¹⁸⁵ El artículo 140 de la Ley de Patentes, establece:

Antes de iniciar acción judicial alguna basada en la aplicación de las normas del título IV de esta Ley, relativo a las invenciones laborales, la cuestión discutida deberá ser sometida a un acto de conciliación ante el Registro de la Propiedad Industrial.

¹⁸⁶ El apartado segundo del 158 bis, señala:

La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual actuará en su función de arbitraje:

a) Dando solución, previo sometimiento voluntario de las partes, a los conflictos sobre materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

b) Fijando, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario afectado especialmente significativo, a juicio de la Comisión, y previa aceptación de la otra parte, cantidades sustitutorias de las tarifas generales, a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo 157, para lo que deberá tener en cuenta al menos los criterios mínimos de determinación de éstas, previstos en el artículo 157.1.b).

Lo determinado en este apartado se entenderá sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse ante la jurisdicción competente. No obstante, el planteamiento de

Así, en el primero de los supuestos, en relación con la conciliación obligatoria recogida en la Ley de Patentes, ni siquiera la Ley califica el procedimiento ahí previsto de arbitraje, sino que lo denomina conciliación. Pero la labor que ahí tiene encomendada la Comisión presidida por un experto del Registro de la Propiedad Industrial tiene tintes arbitrales, que es lo que ha llevado tradicionalmente a parte de la doctrina a calificar esa labor de arbitral. Un detalle más que evidencia la confusión que entre la doctrina existe en torno al concepto de arbitraje.

En cuanto a las funciones de mediación y arbitraje de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, el procedimiento que ahí se prevé guarda mayor parecido con el arbitraje propiamente dicho, porque es voluntario y la decisión de la Comisión es vinculante y ejecutiva para las partes. Sin embargo, lo establecido a continuación por el precepto, evidencia que no se trata de un arbitraje propiamente dicho, pues la resolución es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 158 bis).

6.2.2. Arbitrajes excluyentes de la jurisdicción contencioso-administrativa

También puede intervenir la Administración Pública como árbitro, aquí sí, desplazando al poder judicial en la función de juzgar. Aquí la actividad arbitral de la Administración desplaza al órgano jurisdiccional, resolviendo de manera definitiva el conflicto. De donde se deduce que el laudo dictado por los órganos públicos no es un acto

la controversia sometida a decisión arbitral ante la Sección impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la misma, hasta que haya sido dictada la resolución y siempre que la parte interesada lo invoque mediante excepción.

administrativo, sino que produce los mismos efectos que una sentencia judicial firme y contra él sólo cabe la acción de anulación.

Entre los arbitrajes sectoriales, destacan por su importancia y difusión: el arbitraje de transportes terrestres, el de servicios postales, el arbitraje en materia de telecomunicaciones, el arbitraje relativo al sector eléctrico e hidrocarburos, el arbitraje sobre la sociedad de la información y comercio electrónico, el arbitraje de consumo y el arbitraje deportivo.

6.2.2.1. Sectores regulados

A consecuencia de la nueva concepción garantista del Estado Social se han ido creando las conocidas autoridades u organismos reguladores. Estos organismos tenían un importante papel en su ámbito de actuación, pues gozaban, no sólo de capacidad normativa, inspectora y ejecutiva, sino que además tenían atribuidas funciones arbitrales para dirimir los conflictos que pudieran surgir entre los operadores del sector y entre los usuarios¹⁸⁷.

Hasta el año 2011 coexistían en nuestro ordenamiento jurídico cinco autoridades reguladores: la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Sector Postal y el Comité de Regulación Ferroviaria¹⁸⁸. En 2011, la Ley

¹⁸⁷ Vid. Arts. 8.3 y 9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, derogados por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹⁸⁸ Exposición de Motivos de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: “La existencia de organismos independientes se justifica por la complejidad que, en determinados sectores caracterizados principalmente por la potencial existencia de fallos de mercado, tienen las tareas de regulación y supervisión, así como por la necesidad

2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, previó la constitución de un organismo regulador del sector del transporte. Más tarde, se aprobó la creación de la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria. Finalmente, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, creó el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

En 2013 se optó por unificar todos esos organismos reguladores creando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante CNMC (Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia),

“Y es que la presencia de todas estas entidades de forma separada, con sus respectivos órganos de gobierno y medios materiales, exige una reforma de calado teniendo en cuenta la existencia de funciones, procedimientos, metodologías y conocimientos que, por su identidad o semejanza, bien podrían ejercerse o aplicarse por una sola institución.”¹⁸⁹

En concreto, son tres los motivos que llevaron al legislador a crear una única Comisión que unificara todas las demás.

El primero de ellos la seguridad jurídica y la confianza institucional. La existencia de tantos organismos reguladores cada uno con sus normas creaba situaciones de riesgo para los operadores comerciales. La Exposición de Motivos de la Ley se refiere a este punto como sigue:

de contar con autoridades cuyos criterios de actuación se perciban por los operadores como eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro tipo de motivación.”

¹⁸⁹ Exposición de Motivos Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

“Cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia.”

El legislador defiende que la seguridad jurídica y la confianza institucional *“se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos.”*

En segundo lugar, la creación de la CNMC responde a una necesidad de austeridad en la Administración Pública impuesta por la grave crisis económica que ha sufrido todo el sistema occidental. La Exposición de Motivos explica que:

“se deben aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión, idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, conocimientos y experiencia cuya utilización en común resulta obligada.”

Y por último, el legislador se refiere a la necesidad de adaptarse al desarrollo impuesto por la sociedad tecnológica:

“las instituciones han de adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores administrados. Debe darse una respuesta institucional al progreso tecnológico, de modo que se evite el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada”.

Expuestos estos antecedentes, conviene ahora explicar la misión y la configuración jurídica de la CNMC. La CNMC tiene por objeto garantizar una competencia dinámica y una regulación eficiente en beneficio de los operadores comerciales y de los usuarios y consumidores finales, prestando las garantías suficientes de independencia, transparencia y seguridad jurídica.

Se trata de un organismo independiente del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los operadores comerciales, y tiene una autonomía orgánica y funcional plena. La CNMC está dotada de personalidad jurídica plena y plena capacidad jurídica pública y privada.

Las funciones que la CNMC tiene encomendadas vienen detalladas en el art. 5.1 de la Ley, 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia¹⁹⁰, entre ellas,

¹⁹⁰El artículo 5 de la Ley de creación de la CNMC establece:

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos.

Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.

Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas.

Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.

Aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.

III. El arbitraje en la legislación administrativa vigente

Adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras comisiones nacionales de competencia de los Estados miembros previstos en la normativa comunitaria y, en particular, en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus normas de desarrollo.

Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.

Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios. En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones:

Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.

Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.

interesa destacar la función de árbitro. La letra b) del artículo 5.1 establece que corresponde a la CNMC:

“b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real

Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y el mercado postal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará a lo dispuesto en los artículos 6 a 11 de esta Ley.

4. En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

5. Para el ejercicio de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dispondrá, de conformidad con lo establecido por el Capítulo IV de esta Ley en materia presupuestaria, de recursos financieros y humanos adecuados, incluidos los necesarios para participar activamente en las actividades de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas y contribuir a las mismas”.

Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.”

El Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su artículo 46 prevé y detalla la función arbitral de la CNMC:

“1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

2. El procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También podrá preverse la existencia de un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía.

3. Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo.”

El legislador atribuye, pues, la función arbitral al Consejo de la CNMC¹⁹¹. El Consejo está integrado por diez miembros nombrados

¹⁹¹ Art. 14.1 Ley de creación de la CNMC:

por el Parlamento, con un mandato de seis años no renovables y sometido a un régimen estricto de incompatibilidades. El Consejo consta, a su vez, de dos salas de cinco miembros cada una. Una de las salas está dedicada a los cuestiones sobre Competencia y, la otra, a la Supervisión Regulatoria. Será esta última sala la que conozca de los arbitrajes relacionados con los sectores de las telecomunicaciones, energía, servicio postal, sector ferroviario, el mercado audiovisual y tarifas aeroportuarias. En estos casos es preceptivo el informe sobre el arbitraje de la sala que conozca del mismo a la sala dedicada a los temas de competencia¹⁹².

“1. El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar.”

¹⁹² Art. 21 Ley 3/2013, de 4 de junio: *“Competencias de pleno y salas*

1. El pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conocerá de los siguientes asuntos:

Los que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14.1 de la presente Ley, sean indelegables para el Consejo, con la excepción de la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4.

Aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria.

Los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el pleno, por mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo.

2. Las salas conocerán de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las salas, deba informar la otra con carácter preceptivo. En todo caso, deberá emitirse informe en los siguientes asuntos:

Conviene que, llegados a este punto, se haga una breve reflexión sobre lo que hasta aquí se ha expuesto. Recuérdese que lo que hoy se conoce como sectores regulados (las telecomunicaciones, energía, servicio postal, sector ferroviario, el mercado audiovisual y tarifas aeroportuarias, banca etc.), hasta hace pocos años eran servicios de titularidad pública y, como tales, eran prestados directa o indirectamente por el propio Estado.

Con el proceso de liberalización de los servicios públicos, sin embargo, estos sectores pasaron a reconocerse como servicios económicos de interés general. La titularidad sobre ellos pasó a ser de carácter privado, por entender que el régimen del libre mercado y de competencia formaban el escenario idóneo para una prestación más eficiente de estos servicios. Precisamente, por tratarse de servicios de interés general esenciales para la vida en comunidad y que, por tanto, afectan a una pluralidad de personas, estos servicios vinieron a tener una regulación especial, que garantizaba su prestación en condiciones de igualdad. La regulación de estos servicios tiene, pues, un carácter público. Pues, en efecto, están en juego los intereses generales.

Tal como señala ESTEVE PARDO, el Estado ha pasado de ser un Estado prestador de servicios a un Estado garante o a un Estado regulador de los mismos. La causa de la privatización de los servicios en los que está implicado el interés general, se debe a la poca solvencia técnica, profesional y, sobre todo, económica del Estado para prestar tales servicios, frente a la evidente capacitación del sector

Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que, previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

Por la Sala de Supervisión regulatoria, en los procedimientos en materia de defensa de la competencia previstos por el artículo 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los artículos 6 a 11.”

privado para prestarlos. La sociedad ha tomado, así, en el sistema actual todo el protagonismo, mientras que el Estado juega un papel, que aunque es esencial, es secundario.

En la Europa occidental, se ha llegado al convencimiento de que la economía de mercado es el mejor sistema para garantizar una prestación eficiente y de calidad de los servicios, debido a la propia naturaleza de las reglas que rigen la competencia¹⁹³. De ahí que las entidades reguladoras velen principalmente porque los servicios se presten en régimen de estricta competencia.

Se observa, por tanto, un traslado de funciones públicas a sujetos privados, lo que viene a superar, como advierte ESTEVE PARDO, las concepciones subjetivas del Derecho administrativo, que venían a limitar la aplicación del mismo a la actividad y a las relaciones llevadas a cabo por la Administración Pública. El Derecho administrativo se aplica hoy con naturalidad en las relaciones entre sujetos privados, dado que aparecen en dichas relaciones intereses públicos afectados¹⁹⁴.

¹⁹³ Aun cuando la economía de mercado es en la que más se confía en la Europa Occidental, el debate sobre la mejor opción sigue abierto, como demuestra la aparición en el escenario político de partidos en España y Grecia de partidarios de la publicación de los servicios.

¹⁹⁴ ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013. p. 187: “Se está produciendo así un doble y muy significativo flujo entre Estado y sociedad. El primero es a transferencia de medios y funciones desde el Estado a la sociedad, al sector privado; un proceso de privatización por usar una denominación genérica. El segundo es la extensión a estos sujetos privados, a ciertos aspectos de la actividad que desarrollan, del régimen de Derecho público, al menos de sus principios más característicos en la medida en que se va tomando conciencia de la significación y relevancia públicas de ciertas actividades y funciones que estos sujetos privados desarrollan. En muchos sectores se repliega o desaparece la Administración pública, o cuando menos su protagonismo gestor o su posición e titularidad. Pero

III. El arbitraje en la legislación administrativa vigente

Que el legislador haya previsto un sistema arbitral para la resolución de los conflictos que se susciten en los sectores regulados, conflictos en los que está en juego el interés general, avala la propuesta de un arbitraje de Derecho público y confirma su existencia; o, al menos, viene a demostrar que la intervención del interés público en una controversia y, en consecuencia, la participación del Derecho público, no es óbice para prohibir el arbitraje de Derecho público, pues de hecho ya se admite sin problemas en el ámbito de los servicios de interés general.

Resulta, a su vez, relevante que la *lex arbitri* en los sectores de interés general sea la Ley de Arbitraje y no una específica para estos sectores, de lo que se deduce que, aquellas controversias donde puedan verse afectados directa o indirectamente intereses de la comunidad en su conjunto, entran en el ámbito de aplicación material de la LA.

Todo ello deja entrever que quizás el carácter público de la controversia y el carácter público del Derecho a aplicar no sean del todo determinantes para decidir sobre la arbitrabilidad de una pretensión¹⁹⁵.

no ha desaparecido la dimensión pública que se advierte en ellos de ahí que se mantenga, o se recupere, el Derecho público, el Derecho administrativo, atento y sensible a los intereses públicos en juego, aplicado ahora a sujetos privados en el marco de sus relaciones.”

A favor del carácter subjetivo del Derecho Administrativo véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la directiva comunitaria de recursos”, *Revista de Administración Pública*, nº 185, 2011.

¹⁹⁵ Sobre este punto ahondaremos en el capítulo V de esta investigación.

6.2.2.2. Sistema Arbitral de consumo

El marco legal básico del Arbitraje de Consumo está conformado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDSAC). Este se dictó en desarrollo de los artículos 57 y 58 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), que encomiendan a las Juntas Arbitrales de Consumo el sistema de arbitraje¹⁹⁶. Ambas leyes encuentran su razón de ser en el artículo 51 CE¹⁹⁷ y en la Disposición Adicional única de la LA¹⁹⁸.

¹⁹⁶ El artículo 57 del TRLGDCU

1. El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.

2. La organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. En dicho reglamento podrá preverse la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho, el procedimiento a través del cual se administrará el arbitraje electrónico, los supuestos en que podrá interponerse una reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje y los casos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.

3. Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas.

4. No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio,

III. El arbitraje en la legislación administrativa vigente

El sistema arbitral de consumo tiene por objeto resolver las controversias entre los empresarios y los consumidores o usuarios en relación a los derechos contractualmente reconocidos al consumidor. Quedan, en cambio, excluidas de este sistema arbitral las controversias que versen sobre intoxicación, lesión o muerte, así como aquellas en las que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios derivada de ellos¹⁹⁹. Este

tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables.”

El artículo 58 del TRLGDCU

1. La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo.

2. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo.”

¹⁹⁷ El artículo 51.1 CE:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”

¹⁹⁸ La Disposición Adicional Única de la Ley de Arbitraje, establece:

Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

¹⁹⁹ El art. 2.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

arbitraje de consumo tiene carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes.

De acuerdo con lo establecido por el art. 3 del RDSAC²⁰⁰ serán de aplicación supletoria al arbitraje de consumo, la LA y la LPAC, esta última en relación la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo.

Por su parte, en virtud del art. 57 TRLGDCU y del art. 33 RDSAC, el arbitraje de consumo será de equidad salvo decisión en contrario de las partes²⁰¹. La norma distingue entre los arbitrajes de

²⁰⁰ El artículo 3 del RDSAC:

“1. El arbitraje de consumo se rige por lo dispuesto en la presente norma y, en lo no previsto en ella, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

2. La actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo es de carácter administrativo, siéndoles de aplicación en lo no previsto expresamente en esta norma, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. El arbitraje electrónico y los actos realizados por vía electrónica, en lo no previsto expresamente en esta norma, se regirá por lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.”

²⁰¹ El art. 33 del RDSAC establece:

“1. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho.

Si, conforme a lo previsto en el artículo 25.1, la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo se hubiera realizado al arbitraje en derecho y salvo que el consumidor o usuario haya aceptado expresamente dicho arbitraje en su solicitud, se comunicará este hecho al reclamante para que manifieste su conformidad con la decisión en derecho. En caso de no estar de acuerdo, se tratará la solicitud como si fuera dirigida a una empresa no adherida.

2. Las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada.

consumo individuales y los arbitrajes de consumo colectivos. Estos últimos son aquellos en los que un mismo presupuesto fáctico haya afectado a una pluralidad de consumidores (art. 56 a 62 RDSAC).

Corresponde a las Juntas Arbitrales de Consumo la gestión institucional del arbitraje. Estos órganos tienen carácter administrativo y dependen de la Administración Pública a la que estén adscritos. Así, por ejemplo, en el ámbito estatal, se encuentra la Junta Arbitral Nacional de Consumo. En ámbitos inferiores, aparecen las Juntas Territoriales (art. 5 y 6 RDSAC). En cuanto a la composición de las Juntas Arbitrales están compuestas por un presidente y por un secretario, ambos con la condición de personal al servicio de las Administraciones Públicas, y por el personal de apoyo adscrito a dicho órgano (art.7 RDSAC).

Las Juntas Arbitrales nombran al órgano arbitral que va a conocer de la controversia (art. 18 y 21 RDSAC) y sobre la que va a dictar un laudo, que tendrá los mismos efectos que una sentencia judicial firme, de modo que, dicha resolución, tendrá la condición de título ejecutivo y, consecuentemente, tendrá eficacia de cosa juzgada. No obstante, el artículo 48 genera dudas sobre el régimen de impugnabilidad del laudo pues establece que el órgano arbitral hará constar en el laudo si queda o no abierta la vía judicial previsión cuanto menos sorprendente, pues quién es el órgano arbitral para determinar si cabe o no acudir a los órganos jurisdiccionales (en definitiva, otorgar o no tutela judicial efectiva)²⁰².

3. Cuando el arbitraje de consumo deba resolverse en derecho y tenga carácter internacional, según lo previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, la determinación de la legislación aplicable al fondo del asunto se realizará de conformidad con lo previsto en los convenios internacionales en los que España sea parte o en la legislación comunitaria que resulte de aplicación.”

²⁰² MARCOS FRANCISCO, D., en la *Disposición Adicional Única*, en BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre,*

Por último, debe subrayarse que en este tipo de arbitraje está igualmente presente el principio de autonomía de la voluntad, por lo que, la sumisión voluntaria de las partes al Sistema Arbitral de Consumo, es requisito indispensable para que pueda darse el arbitraje; además, y para mayor garantía de los consumidores, la Ley exige que la sumisión voluntaria conste por escrito.

6.2.2.3. Conciliación extrajudicial en el deporte

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, en sus artículos 87 y 88, prevé la posibilidad de que las partes en un conflicto jurídico-deportivo puedan someter el mismo a una conciliación extrajudicial o arbitraje²⁰³. Estos preceptos vienen desarrollados en los artículos 34 y

tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo), 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p.2046; siguiendo sobre este punto a LORCA NAVARRETE, A. Mª., *La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de consumo*, Instituto vasco de Derecho procesal, Madrid, 2008, p. 98.

²⁰³ El artículo 87 de la Ley 10/1990, del Deporte, establece:

“Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia.”

El artículo 88 de la Ley 10/1990, del Deporte, declara:

“1. Las fórmulas a que se refiere el artículo anterior estarán destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas expresamente en la presente Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo.

2. A tal efecto, las normas estatutarias de los clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje, en el que, como mínimo, figurarán las siguientes reglas:

III. El arbitraje en la legislación administrativa vigente

siguientes del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas.

El arbitraje previsto en esta normativa tiene los rasgos fundamentales que tiene cualquier arbitraje: debe ser voluntario, es vinculante y el laudo tiene efectos de cosa juzgada.

El interés estriba en que el artículo 37 de este Real Decreto prevé la posibilidad que las partes sometan la administración del arbitraje a Corporaciones de Derecho Público²⁰⁴.

Método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema.

Materias, causas y requisitos de aplicación de las fórmulas de conciliación o arbitraje.

Organismos o personas encargadas de resolver o decidir las cuestiones a que se refiere este artículo.

Sistema de recusación de quienes realicen las funciones de conciliación o arbitraje, así como de oposición a dichas fórmulas.

Procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y, en especial, los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes.

Métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales.

3. Las resoluciones adoptadas en estos procedimientos tendrán los efectos previstos en la Ley de Arbitraje.”

²⁰⁴ “Las partes también podrán encomendar la administración del arbitraje a:

Corporaciones de derecho público que pueden desempeñar funciones arbitrales.

Asociaciones y Entidades sin ánimo de lucro en cuyos Estatutos se prevean funciones arbitrales.”

Las controversias en materia disciplinaria, competitiva y electoral no son susceptibles de arbitraje y, en cambio, sí lo son todas las restantes materias disponibles por las partes.

7. La solución de controversias interadministrativas

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado (en adelante, Ley 11/2011), ha supuesto un paso importante en el camino hacia la implantación de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho público. En efecto, la Ley 11/2011 viene a confirmar lo que más adelante se expondrá y es la inexistencia de obstáculos constitucionales reales para que las Administraciones Públicas puedan someterse a la decisión de terceros no pertenecientes al poder judicial. Pero lo determinante no es que las Administraciones puedan someterse a la decisión de esos terceros ajenos al poder judicial, si no que las cuestiones de interés general regidas por el Derecho administrativo puedan someterse a esos procedimientos no judiciales. Y es que la Ley prevé que los conflictos interadministrativos se resuelvan por un procedimiento especial, “*sin que pueda acudirse a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias.*”

A priori puede parecer que el precepto vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas, sin embargo la Ley 11/2011 es plenamente respetuosa con la doctrina constitucional sobre la prohibición de arbitrajes forzosos que impiden el acceso a la jurisdicción. Tal prohibición afecta exclusivamente al ámbito de la libertad de negociación de los particulares fundamentada en la autonomía de la voluntad; y es que es el poder legislativo quien

crea los entes que forman el sector público, y “*quien les atribuye unos concretos fines y quien les confiere potestades para cumplirlos*”²⁰⁵. En efecto, las Administraciones públicas son titulares atípicos del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se ha argumentado en el capítulo anterior, pues las mismas que gozan de ese derecho frente a los jueces y tribunales no frente al legislador.

Ahora bien, aunque el título de la Ley se refiere al arbitraje, el contenido de la Disposición Adicional única (en adelante, DA) que es la que se dedica a la regulación del mismo, en ningún momento habla de arbitraje, sino que se refiere a procedimiento²⁰⁶. Y es que, como va a haber ocasión de ver, no se trata propiamente de un arbitraje sino, más bien, de un procedimiento administrativo sustitutivo de la jurisdicción contencioso-administrativa. De hecho la propia Exposición de Motivos de la Ley se refiere a él como:

“un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales.”

Sorprende también que la Ley 11/2011 se anuncie como un procedimiento administrativo para la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, cuando en realidad resulta

²⁰⁵ RIVERO GONZÁLEZ, M., *La Abogacía del Estado y los conflictos interadministrativos (propuesta de norma legal sobre arbitraje de Derecho público)*, en Asociación de Abogados del Estado (coord.), *Primer Congreso de la Abogacía del Estado. La Asistencia Jurídica al Estado en el Siglo XXI*, Aranzadi, Madrid, 1999, p.70.

²⁰⁶ ALONSO PUIG, J. M^a, “La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y retrocesos”, *Otrosí*, nº 8, 2011, p. 17: avala esta percepción, al decir que más que ante un arbitraje institucional, estamos frente a un nuevo procedimiento gubernativo para resolver los conflictos entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales.

aplicable también a otras entidades que no tienen el carácter de organismos autónomos, como son las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal. La DA de la Ley 11/2011 establece:

“1. Las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en el título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado,²⁰⁷ o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes, se resolverán por el procedimiento previsto en este precepto, sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias.

Este procedimiento será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias.

²⁰⁷ La Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, que ha sido derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su Título III se refería a los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) y en la Disposición Adicional Novena se refería a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, al Consejo Económico y Social y al Instituto Cervantes.

2. A los efectos de esta disposición, se entenderán por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público.

3. Planteada una controversia, las partes enfrentadas la pondrán, de forma inmediata, en conocimiento de la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas. Dicha Comisión estará presidida por el Ministro de la Presidencia y tendrán la consideración de vocales natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia, correspondiendo también a éste designar dentro de su ámbito al órgano que ejerza la secretaría de la Comisión. Se integrarán en la Comisión el Ministro o Ministros de los Departamentos afectados por la controversia, en los términos que se determine reglamentariamente.

4. Dicha Comisión Delegada recabará los informes técnicos y jurídicos que estime necesarios para el mejor conocimiento de la cuestión debatida. Por la secretaría de dicha Comisión se elaborarán las propuestas de decisión oportunas.

5. La Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas dictará resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados. La resolución de la Comisión Delegada no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto.

6. Este procedimiento de resolución de controversias no se aplicará:

A cuestiones de naturaleza penal, pero sí a las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas.

A cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste.

A conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas.

A las cuestiones derivadas de las actuaciones de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado, reguladas con carácter específico en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y demás normas de desarrollo de las mismas.”

De la lectura de la DA podemos concluir que lo que en ella se regula no es un arbitraje en sentido estricto. Hay muchos factores que hacen que la figura introducida por la Ley 11/2011, diste mucho del arbitraje que nos presenta la Ley de Arbitraje. Pero uno es el que más llama la atención.

Como es bien sabido, el arbitraje se caracteriza, entre otras cosas, por ser un tercero neutral e imparcial el que decide sobre la controversia. En el caso que aquí tratamos, si bien es cierto que la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de las Controversias Administrativas es un tercero ajeno a la disputa, no es un tercero neutral pues, a la postre, es el propio Gobierno quien decide, aunque sea por delegación. De modo que, en realidad, el Gobierno aparece como juez y parte en la resolución de las disputas interadministrativas, pues a la postre es el propio poder Ejecutivo el que decide sobre sus controversias.

Ocurre aquí como con el arbitraje al que se refiere el art. 112.2 LPAC y como en muchas de las figuras analizadas en ese capítulo; llamar arbitraje a este tipo de procedimientos o vías alternativas/sustitutivas de la vía administrativa o de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha generado un gran desconcierto entre la doctrina en torno al concepto de arbitraje y a todo lo que lo envuelve. Son figuras que, todo lo más, podrían calificarse de arbitrajes

impropios, aunque sería recomendable, para evitar errores, que se las denominara con otro nombre acorde con sus circunstancias y especialidades.

Como se va a ver en seguida, tampoco es acertada la calificación de este procedimiento de arbitraje institucional pues, en este caso, la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de las Controversias Administrativas tiene otorgadas las funciones propias de un árbitro, y no las que corresponderían a una institución arbitral, que se limitan, por lo general, a la mera administración del arbitraje.

Ha sido también criticado por autores como GARCÍA PÉREZ el hecho de que este procedimiento administrativo se encuadrara dentro de la LA, cuando su razón de ser responde, entre otras cosas, a una necesidad organizativa de la Administración Pública²⁰⁸. Y, en efecto, parece que hubiera sido más adecuado ubicarlo en la LPAC o en la LJCA.

7.1. **Ámbito de aplicación subjetivo**

La DA de la Ley 11/2011 dirige el procedimiento administrativo que regula a los organismos públicos, a algunos entes públicos atípicos, a las sociedades mercantiles y a las fundaciones públicas. En concreto, la DA se dirige a:

“1. Las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en el título III y la disposición

²⁰⁸ De hecho esta circunstancia provocó la presentación de enmiendas al Proyecto de Ley, proponiéndose que la normativa se incluyera en la antigua LOFAGE o en la antigua Ley 30/1992.

GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 160.

adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente

... aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias.”

Hoy, en lugar de estar a la LOFAGE que ha sido recientemente derogada por la ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, habrá que estar a lo dispuesto en esta última Ley. De acuerdo con el artículo 88 de la ley 40/2015:

“Son organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, bien directamente o bien a través de otro organismo público, los creados para la realización de actividades administrativas, sean de fomento, prestación o de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación; actividades de contenido económico reservadas a las Administraciones Públicas; así como la supervisión o regulación de sectores económicos, y cuyas características justifiquen su organización en régimen de descentralización funcional o de independencia.”

Y, por referencia de la DA a la LOFAGE, habrá que entender, en principio, también incluidos en el ámbito subjetivo de la Disposición la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes (disposición adicional 9ª LOFAGE).

En el ámbito de aplicación subjetivo de la DA, se incluyen también las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Las sociedades mercantiles son aquellas que están participadas mayoritariamente o en su integridad por capital público. Pero sólo a las de capital íntegramente público se dirige la Disposición Adicional.

Las fundaciones de titularidad pública reguladas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y de acuerdo con el art. 44 de la misma, son aquellas que cumplen con alguno de los siguientes requisitos: que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirectamente, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos y demás entidades del sector público estatal; o que su patrimonio fundacional esté formado en más de un 50% por los bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

7.2. Ámbito de aplicación objetivo

La DA se aplica a aquellas controversias jurídicas relevantes que puedan suscitarse entre las entidades y organismos que se acaban de mencionar. En su apartado segundo se detiene a especificar qué es lo que debe entenderse por relevantes:

“2. A los efectos de esta disposición, se entenderán por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público.”

De modo que las controversias jurídicas relevantes objeto del procedimiento previsto por la DA son:

- Las controversias que puedan generar un elevado número de reclamaciones.

- Las controversias que tengan una cuantía igual o mayor a 300.000 euros.
- que sean de esencial relevancia para el interés público.

Se excluye, en cambio, del ámbito de aplicación de la DA y por tanto, no se podrá aplicar el procedimiento administrativo por ella regulado: las cuestiones penales (aunque sí las cuestiones relativas a las acciones civiles derivadas delitos o faltas), los conflictos sobre responsabilidad contable competencia del Tribunal de Cuentas, los conflictos competenciales entre distintos órganos de una misma Administración Pública y los conflictos que traigan causa en las actuaciones de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado.

7.3. La Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de las Controversias Administrativas

El título de la Ley 11/2011 se refiere al arbitraje institucional para después regular un procedimiento administrativo que, con independencia de las dudas sobre su naturaleza arbitral, de seguro no es lo que en la Ley 60/2003, de Arbitraje se define como arbitraje institucional.

La Ley encomienda a la Comisión Delegada del Gobierno el ejercicio de las funciones propias de un árbitro; de forma que es ella la encargada de dirimir la disputa entre las partes enfrentadas con la emisión del correspondiente laudo vinculante. Según la LA, el arbitraje institucional, como ya se ha visto en el Capítulo I, es aquél que se encomienda a una institución arbitral para que administre el arbitraje y designe a los árbitros que se encargarán de resolver la controversia. Así, de acuerdo con la LA, la institución arbitral en ningún momento ejerce las funciones de árbitro.

La Comisión Delegada del Gobierno la componen el Ministro de la Presidencia, el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia y el ministro o ministros afectados por la controversia. Como

puede apreciarse, no es un órgano enteramente imparcial, pero tampoco era ese el objetivo del legislador. Tal y como señala GARCÍA PÉREZ²⁰⁹, esta composición responde a la intención del legislador, expresada en la Exposición de Motivos, de que sea el propio Gobierno el que resuelva los conflictos administrativos internos para la unificación de los criterios de actuación.

Escueta es la DA en cuanto a la explicitación del procedimiento, por lo que es de esperar que el mismo sea reglamentariamente desarrollado.

7.4. Valoración

La DA que se ha analizado en este apartado aparece así como un procedimiento sustitutivo de las vías administrativa y judicial para la resolución de los conflictos interadministrativos. Y, aunque no se le puede calificar de arbitraje de Derecho Público, su mera existencia avala la viabilidad jurídico-constitucional del arbitraje de Derecho público.

En los conflictos interadministrativos las Administraciones enfrentadas están, como lo están en sus relaciones con los ciudadanos, regidas por el precepto constitucional que establece que deben servir con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE). Con esto se quiere subrayar el hecho de que el legislador, estando el interés general directa o indirectamente implicado en la controversia, no ha apreciado escollos constitucionales para dejar cerrada la puerta a la jurisdicción en los conflictos interadministrativos, aun cuando el artículo 106.1 de la Carta Magna prevé el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa. Conviene señalar, además, que tampoco

²⁰⁹ GARCÍA PÉREZ, M. *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 176.

ha habido un pronunciamiento desfavorable del Tribunal Constitucional sobre la materia.

En coherencia con lo anterior, a priori, no se aprecian razones que imposibiliten la configuración de una arbitraje de Derecho público. Y es que en este las garantías son mucho mayores y aparece en total concordancia con la Constitución, pues a la postre en el arbitraje de Derecho Público el control jurisdiccional sobre la Administración se ve plenamente garantizado a través de la acción de anulación; no así en el procedimiento previsto la DA.

8. Conclusión

Del análisis de la legislación que se ha llevado a cabo en este capítulo se extraen varias conclusiones:

En primer lugar el análisis desvela la presencia real de la palabra arbitraje en el ordenamiento-jurídico administrativo.

En segundo lugar, que no todo lo que la ley denomina arbitraje es propiamente un arbitraje, pues en la mayoría de los casos dos previsiones del legislador acaban por desnaturalizar la institución, por un lado la obligatoriedad y por otro la ausencia de carácter de equivalente jurisdiccional del procedimiento que ahí se prevé.

Y, por último, y más importante a los efectos de esta investigación, la de que la presencia de un interés público en una disputa no ha sido óbice para que el legislador disponga el recurso al arbitraje en el ámbito, de la ley General Presupuestaria y la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el de los sectores regulados y en el caso de la DA a un procedimiento administrativo que cierra la vía a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Con este capítulo queda, además, delimitado por afirmación y por negación el ámbito de este estudio y comprobada la confusión que existe en torno a la institución arbitral en el Derecho administrativo.

PARTE II

CAPÍTULO IV. Estudio de Derecho comparado: Estados Unidos, Francia e Italia

I. El arbitraje de Derecho público en Estados Unidos.

La regulación sobre el arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo en Estados Unidos y la implementación que ahí se ha hecho del mismo resulta muy reveladora tanto de la viabilidad de su implantación en España como de su conveniencia. Es cierto que Estados Unidos es un país de corte político, jurídico y social muy distinto a España y que por ello no pueden equipararse instituciones ni trasladarse sistemas como podría hacerse entre países pertenecientes a una misma familia jurídica. Si bien es cierto que durante años fue EE.UU quien miró al Derecho continental europeo, y en concreto al Derecho administrativo, para la formación de su ordenamiento jurídico, hoy es Europa la que mira al Derecho administrativo vigente en EE.UU, en concreto al Derecho de la regulación y a todos los medios que están al servicio del mismo, como es el arbitraje.

Así, actualmente Europa observa sabiamente a Estados Unidos, para mejorar su sistema jurídico público, sin prescindir de sus fundamentos originarios. Y es que hoy en Europa, las implicaciones tradicionales del modelo de Estado Social están quedando un tanto obsoletas, pues para una más eficiente prestación de los servicios públicos el Estado ha dado un paso atrás, y está pasando de ser un Estado prestador de servicios a un Estado garante de los mismos. Ahora, cada vez más, son los sujetos privados quienes prestan los servicios de interés general; y esos operadores privados exigen métodos rápidos y flexibles para su mayor eficiencia en el mercado, lo

cual va a incidir de manera decisiva en la implantación de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del interés general.

1. El régimen jurídico administrativo en Estados Unidos

Como señala CLARKE ADAMS, muchas veces los conceptos jurídicos válidos en un determinado ordenamiento jurídico a menudo originan confusión y error cuando son utilizados en la interpretación de otro sistema jurídico²¹⁰.

Por ello, no se puede comenzar a estudiar el arbitraje de Derecho público en Estados Unidos si no se conoce antes cómo funciona su Administración Pública, pues el Derecho administrativo norteamericano dista en mucho del Derecho administrativo europeo continental, tanto en lo que se refiere a su origen como en lo relativo a su práctica cotidiana.

El Derecho administrativo continental tiene su origen en la Revolución Francesa y se configura como un sistema de garantías en reacción al poder absoluto del Antiguo Régimen, de ahí que en Europa el Derecho administrativo esté insertado, como parte esencial, en el sistema constitucional de los distintos ordenamientos jurídicos. Por el contrario, en Estados Unidos el Derecho administrativo no está contemplado en su Constitución. La clásica conciencia liberal norteamericana impedía, siquiera, la posibilidad de contemplar eventuales intromisiones del poder público en la actividad económica y social; por eso, el Derecho administrativo no es esencial al Estado en Estados Unidos sino consecuencia de las exigencias que la sociedad -cada vez más compleja- dirige al sistema jurídico.

²¹⁰ CLARKE ADAMS, J., *El Derecho Administrativo norteamericano*, trad. de D. Petriella, Edición Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1964, pp. 7 y 8.

En Estados Unidos, la historia del Derecho administrativo va intrínsecamente aparejada a la historia de las agencias. Como se acaba de señalar, el radical liberalismo que imperaba en la conciencia americana impedía cualquier tipo de intervención pública sobre el tráfico económico, y sólo en situaciones contrarias a Derecho se permitía la intervención del poder judicial mediante el *due process of law*.

Sin embargo, con el paso del tiempo, empezaron a plantearse casos de abusos de poder entre particulares que dejaban a una de las partes completamente indefensa por falta, al fin, de regulación. Entonces, la jurisprudencia empezó a entrever la necesidad de establecer unas normas y unos garantes de las mismas que dieran seguridad a los operadores en el tráfico económico.

Así, la Corte Suprema en casos como *Munn vs. Illinois* (1871)²¹¹ dio paso a la regulación de ciertos sectores económicos para, precisamente, proteger los intereses públicos (*public utilities*) que estaban en juego. La *Supreme Court* apreció que ciertos sectores económicos, por su carácter esencial para la vida en comunidad y por el gran número de personas que se ven por ellos afectadas, están revestidos de un interés público que no puede quedar desprotegido.

²¹¹ Este primer caso se planteó en torno al ferrocarril. Los granjeros del *midwest* comerciaban con el cereal que producían sus propiedades, lo llevaban hasta la ciudad de Chicago para desde allí cargarlo en el ferrocarril que lo repartiría por el resto de Estados. La compañía de ferrocarril almacenaba la mercancía en unos graneros provistos en la propia estación hasta su carga y transporte en ferrocarril, y por el almacenamiento cobraba precios abusivos a los granjeros. Ante la presión de los granjeros, el Estado de Illinois intervino fijando unos límites a las tarifas de almacenamiento. Esta intervención dio lugar a un conflicto judicial entre la empresa de ferrocarril y el Estado de Illinois, controversia que acabó zanjándose por la Corte Suprema en la sentencia *Munn vs. Illinois*, en la que se declara la legitimidad del Estado para intervenir en sectores revestidos de interés público “*clothed with a public interest*”.

Así es como nacen las agencias reguladoras en Estados Unidos, organismos administrativos especializados e independientes del poder ejecutivo, que no hacen sino ejercer los tres poderes que les han sido delegados por el Parlamento: el *licensing power*, el *ratemaking power* y el *power over business practices*.

En 1887 se creó la primera agencia reguladora, la *Interstate Commerce Commission* (en adelante, ICC). La ICC era de carácter federal y tenía por objeto la actividad comercial entre Estados y, en concreto, el transporte en ferrocarril, sector que como ya se ha indicado provocó el primer pronunciamiento de la *Supreme Court* (*Munn vs. Illinois*) sobre la legitimidad del poder público para intervenir en los sectores público-económicos. Después, irían creándose otras importantes agencias como la *Federal Communications Commission*, la *Federal Energy Regulatory Commission*, la *Civil Aeronautics Board*, la *Securities and Exchange Commission*, la *Environmental Protection Agency* (EPA), etc.²¹²

Y precisamente, son estos entes reguladores los que justifican la existencia misma del Derecho administrativo en Estados Unidos. En efecto, puede decirse que el Derecho administrativo norteamericano tiene por objeto el estudio de:

*“los poderes con que se inviste a las agencias administrativas, los principios y requisitos con que esos poderes deben ser ejercidos y, en fin, las actuaciones judiciales ejercitables por los agraviados por una actuación administrativa ilegal.”*²¹³

²¹² Cfr. ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

²¹³ Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en “Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)” *Revista de Administración Pública*, nº 16, 1985, p. 246.

Las agencias aparecen en el sistema norteamericano como un cuarto poder apolítico, neutral, experto e independiente del poder ejecutivo (que en EE.UU se identifica con la Presidencia). Como remarca SCHWART²¹⁴ lo que interesa al Derecho administrativo norteamericano no es sino la relación entre una parte privada y una *Administración*, quedando fuera del objeto de su estudio todo ese sector de la actividad administrativa que no se refiere a los derechos y las obligaciones de los administrados. Podría decirse que ahí, el Derecho administrativo tiene por objeto el estudio de las agencias y su configuración en el sistema de tres poderes definidos y delimitados por la Constitución norteamericana de 1787.

La diferencia principal entre el sistema norteamericano y el sistema tradicional del *droit administratif* reside, precisamente, en esa neutralidad, en esa independencia de las agencias respecto del Estado. Sin embargo, a pesar de esta importante diferencia, el procedimiento administrativo aparece –como, por otra parte, ocurre en el sistema continental europeo- como un sistema de garantías para los operadores jurídicos y como un medio para evitar, en lo posible, la jurisdicción.

De modo que en Estados Unidos existe una vía administrativa, que está regulada por la *Administrative Procedure Act*²¹⁵, pero también existe -como en el Derecho continental europeo- un control jurisdiccional de la actuación administrativa, pero no en la misma forma, pues no existe una jurisdicción especializada para resolver los conflictos en que está presente una poder público.

En el ordenamiento norteamericano, los Tribunales que conocen de los conflictos de Derecho administrativo son los mismos

²¹⁴ Véase SCHWARTZ, B., *French Administrative Law and Common-Law World*, The Lawbook Exchange, New York University Press, 1954.

²¹⁵ *The Federal Administrative Procedure Act*, Título 5 del Código de los Estados Unidos, secciones 550-566, en virtud de la *Public Law* n° 404-79.

Tribunales competentes para resolver de cualquier otro tipo asunto. Los Tribunales federales son Tribunales con competencia sobre todas las ramas del Derecho: civil, penal, mercantil, administrativo etc., de ahí que reciban el nombre de tribunales ordinarios o de competencia general (*general jurisdiction*). En la escala estatal, en cambio, la organización de los tribunales se basa en la especialización en función de la materia (seguridad social, familia, vivienda, menores, etc.), pero no existe una jurisdicción especializada de Derecho administrativo, como ocurre en los países que se adscriben a la tradición del *droit administratif*²¹⁶.

Sin embargo, sí que se encuentra en el ordenamiento norteamericano cierto nivel de especialización en función del grado de intervención del poder ejecutivo y en función de la materia. Así, por ejemplo, las acciones contra instancias y/o agentes gubernamentales de defensa de los derechos fundamentales proclamadas y reconocidas por el ordenamiento federal, deberán resolverse ante los Tribunales federales. Otro ejemplo que evidencia el grado de especialización que puede encontrarse en la organización jurisdiccional norteamericana es la existencia de cortes o tribunales especializados en función de la materia: la *United States Claims Court* (que conoce de las acciones de responsabilidad patrimonial), la *Patent Court* (que resuelve sobre los conflictos relativos a patentes), la *Tax Court* (que conoce de los conflictos fiscales) y la *International Trade Court*²¹⁷.

Tradicionalmente se ha resaltado la superioridad del sistema francés de control *ex post* de la actuación administrativa frente al sistema jurisdiccional no especializado de control norteamericano. Sin

²¹⁶ ALTAVA LAVALL, M. G., *Lecciones de Derecho Comparado*, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castelló de la Plana, 2003, pp. 211 a 219.

²¹⁷ Véase CUCHILLO FOIX, M., *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Madrid, 1996.

embargo, como resalta GARCÍA DE ENTERRÍA, en Estados Unidos se ha puesto más empeño en la fase previa, en evitar el abuso de derecho en las decisiones administrativas, concediendo a terceros imparciales la decisión que pone fin a la vía administrativa. Interesa aquí la reproducción exacta de sus palabras:

“las decisiones judiciales advienen en nuestros sistemas ex post facto, cuando la Administración (...) ha decidido y ha ejecutado. La justicia administrativa viene siempre a posteriori y con toda frecuencia sin capacidad reparatoria completa, prestando satisfacciones más retóricas que efectivas, siempre tardías, rara vez (...) totalmente eficaces para deshacer el atropello previo. El derecho anglosajón ha volcado su esfuerzo en impedir ese atropello previo, en evitar el abuso de las decisiones tomadas en propio interés de la Administración, confiando este tipo de decisiones a órganos imparciales, actuando con formalidades reducidas, pero plenarias en el plano de la garantía.”

Y añade el autor la idea de que:

“parece preferible que ese despojo previo no se produzca, aunque la generosidad posterior tenga luego menos ocasión de lucirse.”²¹⁸

Esta breve introducción sobre el sistema administrativo norteamericano evidencia lo que ya se ha adelantado al comienzo de este apartado; que al existir diferencias sustanciales entre el ordenamiento norteamericano y el español, se debe ser prudente cuando se trate de transponer el sistema norteamericano de arbitraje de Derecho público al ordenamiento jurídico español.

²¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en “Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)” *Revista de Administración Pública*, nº 16, 1985, pp. 255 y 256

Pero, aun cuando sea de forma prudente, la situación de cambio en la que se encuentra el modelo de Estado social, en que los operadores privados están tomando cada vez mayor protagonismo en la prestación de los servicios de interés general, exige mirar a EE.UU para aprender de sus aciertos y errores y tratar de entender qué planteamientos y qué instituciones podrían tener cabida en nuestro sistema y cuáles no van a poder encajar o no van a poder desarrollarse en plenitud.

Procede ahora abordar de lleno la cuestión que interesa a esta investigación, el tratamiento que se da en Estados Unidos en general a los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho Público, y en concreto a la institución arbitral.

2. La *Administrative Procedure Act* y la influencia del movimiento *Alternative Dispute Resolution* en el procedimiento administrativo.

La norma básica del Derecho administrativo norteamericano es la *Federal Administrative Procedure Act* (en adelante, APA) que fue firmada por el presidente Harry S. Truman el 11 de junio de 1946 y que se encuentra codificada en la parte I del capítulo 5 del título 5 del *United States Code*. La Ley distingue dos grandes bloques de actividad que llevan a cabo las agencias: la actividad reglamentaria (*rulemaking*) y la actividad administrativa propiamente dicha, que se traduce en la emisión de resoluciones administrativas (*adjudication*)²¹⁹.

²¹⁹ Véase LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991.

La APA se aprobó con la intención de evitar los excesos burocráticos y para establecer un sistema de respuestas rápidas y eficaces a los problemas que se planteaban entre las agencias y los operadores jurídicos. Así, la APA reguló las formalidades procedimentales que deben seguir las agencias al tomar sus decisiones. Sin embargo, la interpretación judicial de la APA y la cláusula constitucional del *due process* afectaron negativamente al procedimiento administrativo (el *administrative decisionmaking*), circunstancia que acabó por perjudicar al sistema judicial. Y es que la APA acabó “*generando una judicialización atezadora e impracticable del sistema administrativo en muchos casos*”²²⁰. Todo ello hizo que emergiera con fuerza el movimiento conocido como *Alternative Dispute Resolution* (en adelante, *ADR*).²²¹

El movimiento *ADR* que surgió, entre otras cosas, como respuesta al costoso y poco eficiente sistema judicial, promoviendo la implantación de mecanismos de naturaleza consensual en la resolución de todo tipo de conflictos (contratación civil y mercantil, familia, sucesiones etc.), fue ampliamente acogido por la *Administrative Conference of the United States (ACUS)*²²² que

²²⁰ DELGADO PIQUERAS, F “La *Administrative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas”, *Revista de Administración Pública*, nº 131, 1993, p.563.

²²¹ La instauración en Estados Unidos de los medios alternativos de resolución de conflictos, en el ámbito del derecho público, encuentra su causa en el movimiento previo denominado *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Este movimiento surge con motivo del descontento general existente en la sociedad americana hacia los procedimientos judiciales, de los que se critica, principalmente, su excesivo formalismo y los elevados costes temporales y monetarios, proporcionando, además, resultados insatisfactorios.

²²² La *ACUS* fue creada por Ley en 1964 como una agencia independiente del gobierno para promover la eficiencia en los procedimientos administrativos de las Agencias.

promovió e impulsó el uso de los *ADR* por la agencias tanto en los conflictos derivados de las resoluciones administrativas (*adjudication*), como en el procedimiento de elaboración reglamentaria (*rulemaking*).

La *ACUS* llevó a cabo una gran labor de promoción a través de innumerables estudios, publicaciones científicas y recomendaciones²²³. La recomendación que mayor impacto tuvo a efectos de la implantación de los *ADR* en el Derecho administrativo en relación con la *adjudication* fue la *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*, 1986, pues en respuesta a esta recomendación el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Administrative Dispute Resolution Act of 1990* (en adelante, *ADR Act* de 1990), con un periodo de prueba de cinco años, y que se

²²³ Entre las recomendaciones de la *ACUS* destacan:

Administrative Conference of the United States; Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution. 1986.

Administrative Conference of the United States; Recommendation 86-8: Acquiring the services of Neutrals for Alternative Means of Dispute Resoltuion. 1986.

Administrative Conference of the United States; Recommendation 87-5: Assuring the fairness and acceptability of arbitration in federal programs. 1987.

Administrative Conference of the United States; Recommendation 87-11: Alternatives for resolving government contract dispute. 1987.

Administrative Conference of the United States; Recommendation 88-5: Agency use of settlement judges. 1988.

Administrative Conference of the United States; Recommendation 88-11: Encouraging settlements by protecting mediator confidentiality. 1988.

Administrative Conference of the United States; Recommendation 89-2: Contracting officers' management of disputes. 1989.

Administrative Conference of the United States; Recommendation 95-6: ADR Confidentiality and the Freedom of Information Act. 1995.

encontró en el Capítulo 5 del Título 5 del Código de los Estados Unidos.

Como destaca DELGADO PIQUERAS, tanto la *ADR Act* de 1990 en el ámbito de las resoluciones administrativas, como su homóloga, la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990²²⁴, en relación con la actividad normativa reglamentaria, fueron decisivas para dar cabida a la participación ciudadana en la actividad administrativa (*decisionmaking*) y conferirle un carácter consensual²²⁵.

3. La Administrative Dispute Resolution Act de 1990. El arbitraje.

La *ADR Act* de 1990 es una Ley innovadora que establece el marco normativo necesario para que las agencias puedan comenzar a hacer uso de los *ADR* dentro de sus propios ámbitos de actuación.

La Ley define los medios alternativos de resolución de conflictos como todos aquellos procedimientos sustitutivos de una resolución administrativa para resolver controversias, entre los que se encuentran las negociaciones, la conciliación, la facilitación, la mediación, la determinación de hechos, los mini-juicios y el arbitraje, entre otros; dedicando una de sus secciones más extensas a la regulación del arbitraje administrativo.

²²⁴ *Public Law* 101-648, 104 *Stat.*4969, de 29 de noviembre de 1990.

²²⁵ DELGADO PIQUERAS, F “La *Administrative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas”, *Revista de Administración Pública*, nº 131, 1993, p. 561.

3.1. Regulación General. El arbitraje.

El principal rasgo característico común a todos estos medios alternativos de resolución de conflictos es que el recurso a los mismos es voluntario, siendo necesario el acuerdo previo entre las partes.

Las causas que llevaron al congreso a aprobar la *ADR Act* de 1990 las prevé la propia Ley en la sección 2 y se resumen en las siguientes:

- La lentitud y el coste de los procedimientos administrativos. Con palabras del propio legislador: *“Los procedimientos administrativos se han hecho crecientemente formales, costosos y largos con el resultado de innecesarios costes de tiempo y una decreciente probabilidad de alcanzar una resolución consensual de las disputas.”*
- La eficacia probada de los mecanismos de *ADR* en el ámbito privado. Los medios alternativos de resolución de conflictos han sido usados en el sector privado durante muchos años y, en las apropiadas circunstancias, han producido decisiones más rápidas, menos costosas y menos controvertidas.
- Idoneidad de los métodos *ADR*. Dichos métodos alternativos pueden conducir a resultados más creativos, eficientes y prudentes.
- Adaptabilidad de los *ADR*. Los métodos alternativos de resolución de conflictos pueden ser utilizados en una amplia variedad de controversias administrativas.
- Desaparición de la ambigüedad de la potestad de las agencias. El legislador establece en el punto 6 de la sección segunda que *“la autorización explícita para el uso de técnicas bien contrastadas de resolución de conflictos eliminará la ambigüedad de las potestad de las agencias conforme a la legislación existente.”*
- Mejora del servicio público. La implantación de los *ADR* en el ámbito del Derecho público, proporcionará un mayor elenco de procedimientos disponibles, mejorando así *“la actuación del Gobierno y el mejor servicio público.”*

Seguidamente, en la sección 3 la Ley insta a todas las agencias a promover el uso de los *ADR* mediante la adopción de un programa especializado. Para el desarrollo de dicho programa, la norma exhorta a las agencias a examinar los medios *ADR* en conexión con: procedimientos formales e informales de aprobación de actos administrativos; con el procedimiento reglamentario; con las acciones de ejecución; con las concesiones y revocaciones de licencias y permisos; con los contratos administrativos; en relación con los litigios en los que esté involucrada la agencia y cualesquiera otras actividades de la agencia.

La Ley erige a la *ACUS* y al *Federal Mediation and Conciliation Service*²²⁶ como los principales organismos de apoyo, coordinación y asesoramiento a las agencias para el óptimo desarrollo de los programas de implantación de los mecanismos de *ADR*.

Asimismo, en esta sección 3, la *ADR Act* de 1990 ordena a los directores de las agencias que designen un *senior official*, que será un funcionario, para que se especialice en la resolución de los conflictos de la propia agencia y el encargado de promover la implantación de estos medios en el seno de la misma. La Ley prevé que dicho funcionario sea el responsable de:

- La puesta en marcha de la Ley.
- Y del desarrollo del programa que cada agencia debe adoptar para la implantación de los *ADR*.

Con el ánimo de que la implantación de los programas de *ADR* en el seno de las agencias tenga un resultado exitoso, la Ley ordena que cada una de las agencias se provea de un plan de formación básico

²²⁶ Agencia independiente con amplia experiencia en los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales.

en ADR dirigido, no sólo al *senior official*, sino también a todos aquellos empleados que puedan intervenir en el desarrollo del programa.

En cuanto al ámbito de aplicación material de la Ley, resulta interesante ver cómo el legislador ha establecido, con carácter general, dejar a la libre elección de las partes el ámbito de aplicación de los métodos ADR. Esta regla, sin embargo, encuentra en la propia ley algunas excepciones. En concreto, la Ley establece en su sección 582 que las agencias no deberán acudir a los mecanismos de ADR cuando:

“1. Se requiera una resolución definitiva o interpretativa del asunto con valor de precedente, y semejante procedimiento resulta improbable que sea generalmente aceptado como un precedente interpretativo.

2. El asunto implique o pueda afectar a trascendentes cuestiones de política de Estado que requieran procedimientos adicionales antes de que una resolución final pueda ser tomada, y el procedimiento alternativo de resolución de conflictos probablemente no serviría para desarrollar un programa recomendado para la agencia.

3. El mantenimiento de criterios establecidos sea de especial importancia, de modo que las variaciones entre decisiones individuales no se vean aumentadas y el mecanismo de ADR no alcanzaría probablemente resultados homogéneos entre las decisiones individuales.

4. El asunto afecte significativamente a personas u organizaciones que no son partes en el procedimiento.

5. Un expediente público completo del procedimiento sea de especial importancia, pues los procedimientos de ADR no son susceptibles de proporcionar esa publicidad.

6. La agencia involucrada en el conflicto deba mantener su jurisdicción sobre la cuestión y de ese modo alterar la disposición del asunto a la luz del cambio de circunstancias, de

modo que un procedimiento de ADR interferiría en el cumplimiento de esa obligación de la agencia.”

A continuación la Ley establece los rasgos definidores de la figura del tercero imparcial (*neutral*) y aborda la cuestión de la confidencialidad en este tipo de procedimientos²²⁷.

Conviene señalar la atención que la Ley presta a dos materias muy concretas, por considerarlas especialmente idóneas de arbitraje: la contratación pública y las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

La sección 6 de la *ADR Act* de 1990 enmienda la *Contract Disputes Act* animando a los funcionarios y órganos de contratación de las agencias a solucionar sus controversias en materia de adjudicación a través de los medios consensuales. La letra b) de la sección 6 autoriza específicamente a utilizar los ADR, incluyendo el arbitraje, en las controversias contractuales.

A su vez, la Ley en la sección 8 reforma la *Federal Tort Claims Act*²²⁸, autorizando a las agencias a que se resuelvan a través de los medios ADR las reclamaciones por responsabilidad patrimonial que puedan derivarse de la actuación de las mismas.

Como se va a ver en seguida, la utilización del arbitraje administrativo ha tenido una especial relevancia en todo lo relativo a estas dos materias: la contratación pública y el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a la representación de las partes, la sección 9 establece la posibilidad de que en algunos casos los representantes de

²²⁷ Más adelante, al abordar la reforma del 1996, nos detendremos con mayor detalle en el asunto relativo a la confidencialidad.

²²⁸ *Public Law 79-601, 60 Stat. 842, de 2 de agosto de 1946.*

las partes puedan ser personas que no sean abogados. En este sentido, la norma exhorta a las agencias a desarrollar un plan paralelo al programa general de implantación de los medios ADR, en el que se establezca en qué medida las partes podrán ser representadas por abogados o por personas que no lo sean, y en qué casos la representación tendrá que asumirla ineludiblemente un abogado por la complejidad de la materia o del propio procedimiento.

- **El arbitraje**

Como ya se ha adelantado, la Ley presta una especial atención al arbitraje. Procede señalar, que el arbitraje que se recoge en la *ADR Act* de 1990 es un arbitraje que sustituye a la vía administrativa y a la vía judicial a la vez, motivo por el cual parece adecuada la denominación del mismo como de *arbitraje administrativo*.

En primer lugar, la norma señala que el recurso al arbitraje debe ser voluntario en todo caso, siendo necesario el acuerdo escrito de las partes, y pudiendo el acuerdo tener lugar tanto antes como después de haber surgido el conflicto.

La Ley prevé, en la sección 585, la posibilidad de que una parte pueda aceptar:

- “Remitir sólo ciertos asuntos en controversia al arbitraje; o
- El arbitraje bajo la condición de que el laudo deba ser una lista de posibles resultados.”²²⁹

Para proteger el principio de voluntariedad del arbitraje la Ley declara expresamente que las agencias no podrán imponer el arbitraje

²²⁹ DELGADO PIQUERAS, F., “La *Administrative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas”, *Revista de Administración Pública*, nº 131, 1993, p. 577.

como condición a las partes para poder celebrar un contrato u obtener una prestación.

Un funcionario o un empleado de una agencia puede proponer el uso del arbitraje siempre que tenga competencia para llegar a un acuerdo relativo al asunto o esté específicamente autorizado por la agencia para consentir el uso del arbitraje.

La *ADR Act* de 1990 define al *neutral* como la persona encargada de resolver una controversia. Así, los árbitros elegidos por las partes serán *los neutrales* encargados de decidir sobre el conflicto surgido entre ellas y cuya regulación se establece en la propia Ley en la sección 583, sección que señala que cualquier persona designada de mutuo acuerdo por las partes puede ser árbitro, ya sea un funcionario o un empleado público, ya sea una persona privada. La Ley habilita a las partes para que puedan elegir a más de un árbitro, normalmente un número impar, para que sea un Tribunal, y no sólo una persona, quien se encargue de dirimir las disputas entre las partes. El *neutral* deberá ser totalmente imparcial, de modo que no deberá tener conflictos de intereses oficiales, económicos o personales, a menos que se los haya comunicado a las partes y éstas no hayan mostrado su oposición a que sea él mismo quien desempeñe las funciones de árbitro.

En cuanto a los requisitos que deben reunir los *neutrals* y, por ende, los árbitros la *ADR Act* de 1990 se remite a la *ACUS* para la determinación de los criterios de selección de los árbitros²³⁰.

²³⁰ Sección 583 en relación con la sección 587 b):

“a) *Un neutral puede ser un agente o empleado permanente o temporal del Gobierno Federal o cualquier otro individuo que sea aceptable para las partes para un procedimiento de resolución de conflicto. Un neutral no tendrá conflicto de intereses oficial, económico o personal respecto de los asuntos en controversia, a menos que tal interés sea completamente revelado a las partes por escrito y todas las partes convengan en que el neutral puede actuar.*

Por su parte, en el procedimiento arbitral rigen el principio antiformalista, el de contradicción y el de igualdad de las partes. En este sentido, la Ley, para preservar el principio de igualdad en la defensa, prohíbe expresamente las comunicaciones *ex parte*, que son aquellas comunicaciones realizadas por alguna de las partes al árbitro fuera del acto de la audiencia, comunicaciones que solo podrán tener

b) Un neutral que actúa como conciliador, facilitador o mediador actúa a voluntad de las partes.

c) En consulta con el Servicio Federal de Mediación y Conciliación, otras agencias federales apropiadas y profesionales experimentados en asuntos relativos a resolución de conflictos, la Conferencia Administrativa de Estados Unidos:

establecerá los criterios sobre neutrales (incluyendo experiencia, preparación, afiliaciones, diligencia, reales o potenciales conflictos de interés, y otras cualificaciones) a los cuales las agencias puedan remitirse;

mantendrá una lista de individuos que reúnan tales condiciones y estén cualificados para actuar como neutrales, que será puesta a disposición cuando se solicite;

contratará los servicios de neutrales que puedan ser usados por las agencias a elección en procedimientos de resolución de conflictos; y

desarrollará procedimientos que permitan a las agencias obtener los servicios de neutrales de una forma rápida

d) Una agencia puede usar los servicios de uno o más empleados de otras agencias para actuar como neutrales en procedimientos de resolución de conflictos. Las agencias pueden establecer un acuerdo entre ellas que determine el reembolso por al agencia usuaria o las partes del coste total o parcial de los servicios de dicho empleado.

e) Cualquier agencia puede tratar a cualquier persona incluida en la lista establecida conforme a la subsección c)e o en una lista creada por otras organizaciones públicas o privadas o un particular para prestar servicios como neutral, o para formación relacionada con medios alternativos de resolución de conflictos. Las partes en un procedimiento de resolución de conflicto convendrán sobre la compensación del neutral que sea justa y razonable para el Estado.”

lugar cuando las partes hubieren consentido previamente en ellas [sección 589 d)]²³¹.

El árbitro emitirá el laudo en un plazo máximo de 30 días a contar desde la fecha de conclusión de la audiencia o desde el día en que se presentó cualquier escrito del árbitro autorizado y posterior a aquella, salvo que las partes hubieran pactado otro plazo o la agencia estableciera otro límite de tiempo. El laudo será firme a los 30 días de haberse comunicado a todas las partes, automáticamente vinculante para ellas y plenamente ejecutable. Sin embargo, la Ley señala que las agencias podrán ampliar este plazo en otros 30 días más. Se prohíbe expresamente que un laudo arbitral sea utilizado como *estoppel* (excepción) en otro procedimiento para otro asunto que no sea el resuelto en el mismo procedimiento (sección 590).

La *ADR Act* de 1990 prevé la posibilidad de que los laudos puedan revisarse judicialmente; sin embargo, dicha revisión sólo será posible cuando concorra alguna de las causas que prevén las secciones 9 a 13 del Título 9 de USC. En concreto, la sección 10 del Título 9 señala que el Juzgado del Distrito de los Estados Unidos que resulte competente podrá anular el laudo a solicitud de parte en los siguientes casos:

- Cuando el laudo se hubiera hecho con fraude o corrupción.
- Cuando el órgano arbitral hubiere actuado con parcialidad o corrupción.
- Cuando el árbitro o árbitros hubieren retrasado la vista o la presentación de alguna de las pruebas, o hubieren

²³¹ DELGADO PIQUERAS, F “La *Administrative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas”, *Revista de Administración Pública*, nº 131, 1993, p.579: “Esta garantía es capital en el procedimiento administrativo formal norteamericano, ya que la decisión pública ha de basarse exclusivamente en la prueba recogida en el expediente.”

perjudicado de cualquier otra forma los derechos de las partes.

- Cuando el órgano arbitral se hubiere excedido en sus poderes o los hubiere ejecutado imperfectamente.
- El Juzgado del Distrito de los Estados Unidos perteneciente al Distrito en que el laudo fue emitido podrá declarar la nulidad del laudo a solicitud de un tercero que sin ser parte en el arbitraje se haya visto afectado o agraviado por el mismo, siempre y cuando el propio arbitraje o el laudo sean claramente contrarios a los criterios expuestos en la sección 582 del Título 5, que se ha destacado más arriba²³².

²³² Sección 582 b) señala que las agencias no deberán acudir a los mecanismos de ADR cuando:

“1. Se requiera una resolución definitiva o interpretativa del asunto con valor de precedente, y semejante procedimiento resulta improbable que sea generalmente aceptado como un precedente interpretativo;

2. el asunto implique o pueda afectar a trascendentes cuestiones de política de Estado que requieran procedimientos adicionales antes de que una resolución final pueda ser tomada, y el procedimiento alternativo de resolución de conflictos probablemente no serviría para desarrollar un programa recomendado para la agencia;

3. el mantenimiento de criterios establecidos sea de especial importancia, de modo que las variaciones entre decisiones individuales no se vean aumentadas y el mecanismo de ADR no alcanzaría probablemente resultados homogéneos entre las decisiones individuales;

4. el asunto afecte significativamente a personas u organizaciones que no son partes en el procedimiento;

5. un expediente público completo del procedimiento sea de especial importancia, pues los procedimientos de ADR no son susceptibles de proporcionar esa publicidad;

6. la agencia involucrada en el conflicto deba mantener su jurisdicción sobre la cuestión y de ese modo alterar la disposición del asunto a la luz del cambio de

La Ley Federal de Arbitraje será de aplicación supletoria en lo no previsto por la *ADR Act* de 1990. De modo que en relación con el arbitraje será de aplicación lo dispuesto en el título 9 del USC dedicado al arbitraje en general, interesando destacar aquí lo dispuesto en la sección 11 de su capítulo primero que dispone que el Juzgado competente pueda ordenar la modificación o corrección del laudo cuando:

- Existiera un error material de cálculo o descripción de personas, cosas o propiedades.
- El árbitro o árbitros se hubieren decidido sobre cuestiones que no les fueron sometidas.
- El laudo tuviera defectos formales o materiales.

El que la *ADR Act* de 1990 solo prevea la posibilidad de la revisión judicial para el caso de que concurran causas de carácter formal, resulta muy significativo pues avala lo que hemos tratado de explicar en el primer capítulo de esta investigación, y es que el planteamiento de un arbitraje de Derecho público sustitutivo de la vía administrativa y de la judicial, que solo permita la revisión del laudo por motivos formales a través de lo que en nuestro ordenamiento se da en llamar acción de anulación, no está bloqueando el mandato constitucional de control judicial de la actividad administrativa previsto en la sección 2 del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, y que luego habrá ocasión de estudiar. De modo que en EE.UU el arbitraje de Derecho público es plenamente constitucional, como lo es el arbitraje privado.

Una de las peculiaridades más significativas que presenta la *ADR Act* de 1990 es la facultad que se otorga a los directores de las

circunstancias, de modo que un procedimiento de ADR interferiría en el cumplimiento de esa obligación de la agencia.”

agencias para cancelar un procedimiento arbitral, así como para anular un laudo que todavía no haya devenido firme, cuando así lo deseen. La decisión del director de una agencia de cancelar un procedimiento o de anular un laudo no estará sujeta a revisión judicial. En su momento DELGADO PIQUERAS, subrayó la conveniencia de este privilegio que la Ley otorgaba a las agencias:

“esto salva la constitucionalidad del sistema y, aunque puede pensarse que con tal prerrogativa el arbitraje administrativo resulte poco apetecible o atractivo para los particulares, también es cierto que la Administración será la primera interesada en no hacer un uso abusivo de esta facultad anulatoria, so pena de desprestigiar el procedimiento y convertirlo en inservible por abandono. Por otra parte, el uso de estas facultades acarrea a la agencia la obligación de indemnizar los gastos en que hubieran incurrido las partes con este motivo [590.g)], cosa, por lo demás lógica.”²³³

Sin embargo, como se va a ver en seguida, la *ADR Act* de 1996²³⁴ eliminó esta prerrogativa de las agencias, precisamente porque esta previsión de la Ley hacía del arbitraje un instrumento poco atractivo para los particulares, lo que ahora demuestra que la constitucionalidad del sistema de arbitraje administrativo no dependía de que el director de la agencia tuviera la facultad de anular un laudo o cancelar un procedimiento arbitral.

Tal como se ha señalado, en 1991 la *ADR Act* de 1990 sufrió pequeñas correcciones y modificaciones por parte de la *Administrative*

²³³ DELGADO PIQUERAS, F “La *Administrative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas”, *Revista de Administración Pública*, nº 131, 1993, pp. 567 y 568.

²³⁴ *Public Law* 104-320, 110 *Stat.*3870, de 19 de octubre de 1996

Procedure Technical Amendments Act de 1992²³⁵ que trató de hacer una enumeración más sistemática de sus contenidos y que, a su vez, actualizó la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990²³⁶.

3.2. Conclusión

En resumen, la *ADR Act* de 1990 se caracteriza por impulsar en el seno de las Agencias reguladoras americanas métodos alternativos para la resolución de conflictos de carácter administrativo.

De todo lo expuesto destaca en primer lugar, la opción del legislador norteamericano por la voluntariedad.

A su vez, resulta interesante la elección de dejar abierta la puerta sobre las cuestiones a someter a arbitraje y, limitándose a recomendar los ámbitos en los que sería idónea la promoción de los ADR: en los procedimientos formales e informales de aprobación de actos administrativos; en el procedimiento reglamentario; en relación con las acciones de ejecución; en las concesiones y revocaciones de licencias y permisos; en la contratación administrativa; en relación con los litigios en los que esté involucrada la agencia y cualesquiera otras actividades de la agencia. A la par, resulta muy interesante la opción por la delimitación negativa material por la que opta el legislador. Así, por ejemplo, la imposibilidad de someter a ADR las

²³⁵ *Public Law* 102-354, 106 *Stat.* 944, de 26 de agosto de 1992.

²³⁶ *Public Law* 101-648, 104 *Stat.* 4969, de 29 de noviembre de 1990. Véase. DEL OLMO ALONSO, J.: “El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos” *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 52, 1998.

cuestiones donde puedan verse comprometidos los intereses de terceros, resulta muy reveladora²³⁷.

Llama la atención, también, el hecho de que el arbitraje previsto por la *ADR Act* de 1990 se configure como un arbitraje sustitutivo de las vías administrativa y judicial a la vez.

En otro orden de cosas, conviene destacar que *ADR Act* de 1990 tenía algunas deficiencias, que un gran número de autores²³⁸, además de la *American Bar Association*²³⁹, se encargaron de destacar, entre las que resaltaban:

- La posibilidad de que los directores de las agencias pudieran cancelar un procedimiento arbitral, así como anular un laudo antes de deviniera firme.
- La dudosa regulación que hace la Ley en términos de confidencialidad, debido a que la misma no se pronunciaba sobre las influencias que sobre los *neutrals* tenía la *Freedom*

²³⁷ Este punto iluminará el estudio que se lleva a cabo en el Capítulo V sobre la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho Público.

²³⁸ EVANS, ROBIN J., “The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving federal agency use of alternative dispute resolution processes, *Administrative Law Review*, 50, 1998, p. 227; BREGER, M. J., *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 and the Private Practitioner* en BREGER, M. J. (editor), “Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook”, ABA, Chicago, 2000, p. 1 y 34; WEST, JOSEPH D., “The Use of Alternative Dispute Resolution in Federal Claims” *The Construction Handbook, The Use of ADR in Resolving Federal Construction Contract Disputes*, Aspen Law& Business/Wiley Law Publications, 1999, p. 1749 -1795, entre otros.

²³⁹ Véase *The Administrative Dispute Resolution Act of 1995: Hearings on S. 1224 Before the Subcomm. On Oversight of Gov't Management and D.C., Senate Comm. On Gov't Affairs*, 104 th Cong. 98 (1995) (statement of Philip J. Harter, ABA)

*of Information Act (FOIA)*²⁴⁰, norma que obliga a las agencias a mantener públicas ciertas informaciones. En consecuencia, algunas comunicaciones en el seno de los medios de ADR corrían el riesgo de salir a la luz, comprometiendo la confidencialidad que este tipo de medios alternativos de resolución de conflictos requieren²⁴¹.

La prerrogativa de las agencias de cancelar un procedimiento o anular un laudo fue fuertemente criticada por la doctrina norteamericana por su unilateralidad y por resultar poco realista. La *American Bar Association* urgió al Congreso para que reformara la Ley en este punto, entendiendo que esa prerrogativa desprestigiaba a la institución arbitral y que la convertía en inservible, pues de nada sirve acudir a un arbitraje si, una vez se ha emitido el laudo, una de las partes puede unilateralmente anularlo. La posición de supremacía en que se encontraban las agencias vulneraba, además, el principio de igualdad de partes que declaraba la propia Ley, principio que es esencial en la institución arbitral, por lo que, y como es lógico, esta circunstancia desincentivaba a los particulares a acudir al arbitraje administrativo²⁴².

²⁴⁰ *The Freedom of Information Act*, Título 5 del Código de los Estados Unidos, sección 552, en virtud de la *Public Law* n° 110-175, 121 *Stat.* 2524: norma que contiene la regulación del derecho de acceso a archivos y registros públicos.

²⁴¹ La ACUS en la *Recommendation 88-11: Encouraging settlements by protecting mediator confidentiality*.1988, destacó los posibles problemas que en cuanto a la confidencialidad se podían generar.

²⁴² Véase *The Administrative Dispute Resolution Act of 1995: Hearings on S. 1224 Before the Subcomm. On Oversight of Gov't Management and D.C., Senate Comm. On Gov't Affairs*, 104 th Cong. 98 (1995) (statement of Philip J. Harter, ABA).

4. La *ADR Act* de 1996

Cuando se hubo cumplido el periodo de prueba de cinco años de la *ADR act* de 1990, en 1996 el Congreso aprobó la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 (en adelante, *ADR Act* de 1996) para dotar a la anterior de vigencia indefinida, aunque reformándola en algunos puntos, entre los que se encuentran las deficiencias antes destacadas. La reforma fue abordada por el Congreso con la intención de devolverle el prestigio a la institución arbitral, de modo que los ciudadanos se animaran a acudir a ella sin recelos.

4.1. Ejecutabilidad directa del laudo

La *ADR Act* 1996 suprimió la potestad de la agencia para cancelar un procedimiento arbitral y anular un laudo antes de devenir firme. Como es lógico, y como previó la *American Bar Association*, la eliminación de esta prerrogativa tuvo un efecto muy positivo en los particulares cuando se trataba de decantarse por los métodos *ADR* o por el procedimiento administrativo ordinario y posteriormente por la jurisdicción.

En relación con el arbitraje administrativo y, en concreto, con el arbitraje vinculante, se plantearon en su momento algunos problemas de carácter constitucional, en relación con los artículos II y III de la Constitución de los Estados Unidos²⁴³. El artículo II que regula el poder ejecutivo, otorga al Presidente de la nación la potestad de nombrar a los miembros del Gobierno y a todos los funcionarios del

²⁴³ Véase Memorandum for John Schmidt, Associated Attorney General *Constitutional Issues in Federal Arbitration* from Walter Dellinger, Assistant Attorney General (<http://www.justice.gov/olp/constitutional-issues-federal-arbitration>).

Estado. El artículo III, por su parte, relativo al poder judicial, concede a este poder la competencia para conocer las controversias en que los Estados Unidos sean parte²⁴⁴.

En relación con el artículo II, las dudas se planteaban en torno a la figura del *neutral* privado, al que se estaba encomendando la toma de decisiones de carácter público. Sin embargo, este escollo quedó salvado con el principio de voluntariedad que debe regir el arbitraje administrativo en EE.UU, pues se consideró que si las partes son las que deciden libremente que sea un *neutral* privado quien resuelva sus disputas, nada hay que oponer a eso; distinto sería un régimen obligatorio de arbitraje.

Además, la *ADR Act* para blindar la constitucionalidad del sistema prevé, como ya se ha destacado, la posibilidad de que las partes y , por tanto, también la agencia parte en el procedimiento, pueda acordar someter solamente a arbitraje ciertos asuntos, o acordar el arbitraje con la condición de que el laudo esté dentro de una lista de posibles resultados. Otra garantía de constitucionalidad del sistema es la posibilidad que tienen las partes y, por tanto, también la agencia, de recurrir la decisión del árbitro para su revisión judicial cuando concurren las causas tasadas para ello²⁴⁵.

En cuanto al artículo III, este concede al poder judicial la potestad para enjuiciar los casos en que los Estados Unidos sean parte. Aquí se plantearon las mismas dudas de constitucionalidad que se

²⁴⁴ Véase BRUFF, H. H., "Public programs, private deciders: the constitutionality of arbitration in federal programs", *Texas Law Review*, vol. 67, nº 3, 1989. ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES, "Agency arbitration: constitutional and statutory issues", Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, 1988.

²⁴⁵ Secciones 9 a 13 del título IX, por remisión de la sección 581 del título V del USC.

plantean hoy en nuestro sistema en relación con el artículo 106.1 CE, y que se han despejado en el capítulo II de esta investigación. El control judicial sigue siendo efectivo y real desde el momento en que la Ley prevé la posibilidad de una revisión judicial del laudo por la existencia de unas causas concretas.

En este sentido, para despejar cualquier duda de carácter constitucional, la *ADR Act* de 1996 introduce una novedad importante relativa a la autorización del arbitraje y es que antes de usar el arbitraje vinculante, el responsable de la agencia, en consulta con el *Attorney General*, y después de tener en cuenta los casos en que no se podrá acudir a arbitraje previstos en la sección 572 b), emitirá directrices sobre el uso apropiado del arbitraje vinculante y sobre cuándo un funcionario o empleado de la agencia tiene autoridad para arreglar un asunto en controversia a través del arbitraje vinculante.

4.2. La confidencialidad

La nueva Ley también despejó las dudas que giraban en torno a la confidencialidad²⁴⁶, exceptuando de la aplicación de la *FOIA* las comunicaciones de los *neutrales*, y decretando expresamente la confidencialidad en las comunicaciones que tienen lugar entre los *neutrales* y las partes. En concreto, la reforma prohíbe que el *neutral* y

²⁴⁶ De acuerdo con la definición que da DEL OLMO en “Legislación sobre modos alternativos de resolución de conflictos administrativos en los Estados Unidos de América”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 1999, pp. 273-295, la sección 571 del Título 5 del Código de los Estados Unidos dispone que la confidencialidad es, en relación con “la información utilizada, que dicha información es proporcionada:

con la intención expresa de que la fuente no va a ser revelada, o

bajo circunstancias que supongan una expectativa fundada en favor de la fuente de que tal información no será revelada.”

las partes revelen ningún tipo de información que se hubiere vertido en los procedimientos *ADR*, señalando que la utilización de informaciones indebidamente desveladas no podrá ser admitida, en ningún caso, en el seno del procedimiento, siempre que esas informaciones no se hubieren podido conocer por otros medios²⁴⁷.

La confidencialidad es un asunto muy delicado en el arbitraje en general, pero en especial en la mentalidad norteamericana, donde la privacidad y el respeto a la misma se erigen como unos de los pilares básicos de su sistema y del estilo de vida norteamericano. Ello explica la detallada regulación que la *ADR Act* de 1996 hace sobre este punto. Entre los puntos más relevantes en relación con el tratamiento que se da a la confidencialidad en la sección 574 del Título 5 del Capítulo 5 del Código de los Estados Unidos, pueden señalarse tres.

En primer lugar y en relación con la figura del *neutral*. La regla general es que, cuando ejerza sus funciones en un procedimiento de resolución de conflictos, no podrá en modo alguno revelar voluntariamente, ni tampoco podrá ser requerido a desvelar, en las fases de investigación o de ejecución, ninguna comunicación que haya recibido confidencialmente, salvo que:

- Las partes y el *neutral* hubieren dispuesto lo contrario por escrito.
- La comunicación se hubiere hecha pública con anterioridad.
- La comunicación realizada en un procedimiento de *ADR* deba ser hecha pública por mandato legal.
- Un Tribunal determine que dicha revelación es necesaria para:

²⁴⁷ Administrative Conference of the United States; *Recommendation 95-6: ADR Confidentiality and the Freedom of Information Act*. 1995. Y de GRUNEWALD, Mark H., "Report for Recommendation 95-6: Freedom of Information and confidentiality under the Administrative Dispute Resolution Act", *The Administrative Law Journal of the American University*. vol. 9, nº 4, 1996.

IV. Estudio de Derecho comparado: Estados Unidos, Francia e Italia

- bien para impedir una injusticia manifiesta;
- bien para ayudar a terminar una vulneración de la Ley;
- ya fuere para impedir daños a la salud o seguridad pública.

En segundo lugar, en cuanto a las obligaciones de las partes en relación a la confidencialidad la regla general es que, al igual que el *neutral*, ninguna parte podrá revelar voluntariamente, ni tampoco ser requerida a desvelar en un proceso de investigación o de ejecución, comunicación alguna que se haya realizado en el mismo, salvo que:

- La parte hubiera preparado la comunicación con la intención de revelarla.
- Las partes hubieren consentido por escrito en la revelación.
- La comunicación ya hubiere sido hecha pública.
- La comunicación realizada en un procedimiento de ADR deba ser hecha pública por mandato legal.
- Un Tribunal determine que dicha revelación es necesaria para:
 - a) bien para impedir una injusticia manifiesta;
 - b) bien para ayudar a terminar una vulneración de la Ley;
 - c) ya fuere para impedir daños a la salud o seguridad pública.
- La comunicación sea relevante para determinar la existencia o significado de un acuerdo o laudo que resulte del procedimiento de resolución de conflictos o para la ejecución de dicho acuerdo o laudo.
- Excepto cuando se trate de comunicaciones hechas por un *neutral*, cuando la comunicación fue dada o estuvo disponible para las partes durante el procedimiento de resolución del conflicto.

Finalmente, la Ley dispone que cualquier comunicación que se hubiere hecho vulnerando estas reglas sobre la confidencialidad no podrá ser admitida en ningún procedimiento relacionado con los asuntos en controversia respecto de los cuales se hizo la

comunicación. Llama la atención que la *ADR Act* prevea la posibilidad de que las partes puedan configurar un régimen de confidencialidad alternativo siempre y cuando no reduzca la protección prevista por la ley.

Como puede apreciarse, la confidencialidad es un asunto que fue tratado al detalle por la Ley. Se comprendía que se trataba de un tema muy delicado del que dependía el éxito de los métodos de ADR. Y es que, en efecto, la confidencialidad de las comunicaciones da seguridad a las partes y crea un clima de confianza al permitirles mostrar sus puntos de vista y negociar como prefieran, sin miedo a que ello pueda ser luego utilizado en su contra.

Este punto resulta especialmente interesante y plantea serias dudas legales y constitucionales cuando lo se plantea para el ordenamiento jurídico español. Así, inmediatamente surge la duda en torno a la cuestión de si debe existir confidencialidad sobre asuntos de carácter administrativo, donde el interés público está en juego. ¿No tienen derecho los ciudadanos, parte interesada en el procedimiento si se tiene en cuenta que las Administración Pública es la defensora del interés público, a conocer lo que se decide en el mismo?

4.3. El papel de la Administrative Conference of the United States

Debe reconocerse el papel primordial que tuvo la ACUS en la potenciación de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de las agencias.

Sus recomendaciones impulsaron la aprobación por el Congreso de la *ADR Act* 1990. La *ACUS*, además, por disposición de la Ley de 1990, ejerció las labores de asesoramiento y coordinación de las agencias en la implantación de los métodos *ADR*; y, a su vez, llevó a cabo la recopilación y la evolución de los datos en lo que a la aplicación de la Ley se refería.

No obstante, pese a la trascendental labor que llevó a cabo la *ACUS* durante más de treinta años, en 1995 la institución fue

suprimida a consecuencia de una serie de recortes presupuestarios acordados por el gobierno federal²⁴⁸. De ahí que una de las modificaciones que introdujo la *ADR Act* 1996 fuera la de adaptar el texto de la Ley a la desaparición de la ACUS. Algunos autores criticaron la desaparición de la ACUS, entre otros, DEL OLMO ALONSO que dice que:

*“Las razones argumentadas para ello, de carácter presupuestario, no resultan convincentes dado que la labor que la ACUS realizaba era fundamental para la puesta en práctica de esta política de promoción de los medios alternativos de resolución de conflicto, y, en general, para la mejora del funcionamiento de las agencias federales.”*²⁴⁹

Con la desaparición de la ACUS, el Departamento de Justicia, a instancias del presidente WILLIAM J. CLINTON²⁵⁰, asumió la dirección del *Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group (IADRWG)*, comité formado por los representantes de las distintas agencias y que vino a sustituir a la ACUS en sus funciones y que, por tanto, se hizo con la coordinación y promoción de los programas de ADR en las agencias. Conviene, aquí, remarcar la importante y notable labor desempeñada desde entonces por el

²⁴⁸ El Congreso dio por terminadas las funciones de la Conferencia Administrativa Norteamericana en el Título 4 de la *Treasury, Postal Service and General Government Appropriations Act* de 1995 (*Public Law*, nº 104-52)

²⁴⁹ DEL OLMO ALONSO, J., *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Administrativo*, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2004, pp. 36 y 37.

²⁵⁰ CLINTON, W. J., *Memorandum on Agency Use of Alternate use of Dispute Resolution and Negotiated Rulemaking*. Administration of William J. Clinton, 1998. 1 de mayo, pp. 749 y 750.

IADRWG a través del *Federal Alternative Dispute Resolution Council*²⁵¹.

5. Implementación de la Administrative Dispute Resolution Act

La asunción por parte de las agencias de la *ADR Act* de 1990 tuvo mucho éxito. Las agencias acudieron a los medios alternativos de resolución de conflictos para resolver controversias de carácter contractual, laboral en el seno de la propia agencia, así como para la resolución de los problemas que pudieran plantearse entorno a la aplicación de leyes federales.

De acuerdo con el informe de la *ACUS* de 1995²⁵², en ese mismo año, diecinueve agencias declararon haber implementado los medios ADR en la resolución de sus conflictos contractuales. *The Army Corps of Engineers*, por ejemplo, había resuelto, entre 1990 y 1994, cincuenta y tres controversias a través de los métodos de *ADR*²⁵³. A su vez, el *Department of Veterans* resolvió diecinueve reclamaciones contractuales a través de procedimientos de *ADR* de dos días de duración, cuando habitualmente dicho procedimientos tenían una duración media de seis semanas. En el informe se señala, asimismo, la rapidez con la que se resolvió un conflicto de construcción de veinticuatro millones de dólares que hubiera llevado años resolver por

²⁵¹ Véase <http://www.adr.gov/index.html>

²⁵² Véase ACUS, TOWARD IMPROVED AGENCY DISPUTE RESOLUTION, APPENDIX II, AGENCY ADR REPORTS (1995)

²⁵³ Véase Informe del Departamento de Defensa a la ACUS, reproducido en ACUS, TOWARD IMPROVED AGENCY DISPUTE RESOLUTION, APPENDIX II, AGENCY ADR REPORTS (1995)

los medios tradicionales. El Gobierno federal también hizo uso de los ADR para resolver disputas laborales (*equal employment opportunity, EEO*)²⁵⁴.

Los métodos *ADR* y, en concreto, el arbitraje en el ámbito administrativo, han tenido una gran acogida en todas aquellas cuestiones relativas a los contratos administrativos y las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración. A su vez, las agencias se dieron cuenta de que muchos procedimientos de ejecución se prestaban a los mecanismos *ADR*, pues era una manera eficaz de encontrar soluciones rápidas y duraderas. Y, precisamente, por esa misma razón, especial interés despertaron los *ADR* en los asuntos en los que se encontraban involucrados un gran número de intereses contrapuestos, como eran los asuntos relativos al medio ambiente. Procede, pues, detenerse ahora brevemente en la implementación del arbitraje en los tres campos indicados: la contratación pública, la responsabilidad patrimonial y el medio ambiente.

5.1. Contratación Pública

La *ADR Act* de 1990 viene a proponer la utilización de los mecanismos de *ADR* con carácter alternativo al procedimiento ordinario previsto por la *Contract Disputes Act* de 1978²⁵⁵.

²⁵⁴ Véase Informe del Departamento de Defensa a la ACUS, reproducido en ACUS, TOWARD IMPROVED AGENCY DISPUTE RESOLUTION, APPENDIX II, AGENCY ADR REPORTS (1995). Véase. <http://www.eeoc.gov/>

²⁵⁵ *Public Law 95-563 Stat. 2383*, de 1 de noviembre de 1978. CARR, Frank, *Alternative Means of Dispute Resolution in Federal Contract Disputes* en BREGER, M. J (editor), "Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook", ABA, Chicago, 2000, p. 243 y ss.

En un primer momento, el procedimiento de resolución de disputas contractuales tenía carácter exclusivamente judicial. Sin embargo, la lentitud y el coste con que muchas veces se resolvían los procedimientos, provocó la creación, por parte de la *Contract Disputes Act* de 1978, de un sistema de recurso en vía administrativa. A través de este sistema se concede al contratista, en caso de conflicto, la posibilidad de recurrir ante el órgano de contratación y de recurrir, posteriormente, la decisión de éste ante la *Agency Boards of Contract*, que no es sino un órgano de apelación administrativo. Las partes podrán recurrir la decisión del Tribunal de apelación ante tribunal judicial, el *United States Court of Claims*.

A pesar de que, en su momento, las reformas de la *Contract Disputes Act* de 1978 tuvieron efectos muy positivos, pronto el procedimiento se burocratizó demasiado y el nivel de litigiosidad creció desmesuradamente; de ahí que la introducción de la alternativa de los métodos de ADR para la resolución de conflictos contractuales haya sido tan bien recibido por parte de los operadores jurídicos y de las propias agencias.

La *ADR Act* de 1990 enmienda la sección 6 de la *Contract Disputes Act*, codificada en el Título 41 del Código de los Estados Unidos, añadiendo a la sección 605, una subsección:

“d) Sin perjuicio de cualquier otra previsión de esta Ley, un contratista y un funcionario contratante pueden usar para resolver posibles reclamaciones cualquiera de los medios alternativos de resolución de conflictos regulados en el subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, u otros procedimientos acordados mutuamente. (...)Todas las previsiones del subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, se aplicarán a dichos medios de resolución de conflictos.”

Queda enmendada también la sección 8 de la *Contract Disputes Act*, añadiéndose al final de la misma un nuevo párrafo:

“3)Un laudo emitido por un árbitro de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley podrá ser revisado de acuerdo

con las secciones 9 a 13 del Título IX, del Código de los Estados Unidos, excepto que el tribunal pueda anular o limitar cualquier laudo que considere infractor de las limitaciones impuestas por una ley federal.”

Estas enmiendas llevadas a cabo por la *ADR Act* de 1990 sobre la *Contract Disputes Act* de 1978 encuentran su causa en la promoción que de los métodos *ADR* en el ámbito de la contratación pública hizo la *ACUS* en los años 80, en concreto a través de dos recomendaciones muy específicas: la *Recommendation 87-11: Alternatives for resolving government contract dispute.*; y la *Recommendation 89-2: Contracting officers' management of disputes.*

La Ley exige para poder utilizar el arbitraje vinculante, que el director de la agencia, en consulta con el abogado general, haya publicado previamente las orientaciones pertinentes sobre el uso apropiado de la *ADR*. Hasta el momento, ninguna agencia gubernamental ha hecho este tipo de orientaciones. Además, el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y especificar los límites máximos del laudo y cualesquiera otras condiciones que limiten el rango de posibles resultados²⁵⁶.

El informe publicado por el presidente de la *ACUS*, *Toward Improved Agency Dispute Resolution, Implementing the ADR Act* (1995), reveló que los conflictos público-contractuales fueron una de las áreas en que los *ADR* tuvieron mayor éxito desde la aprobación de la *ADR Act* de 1990. Como ya se ha señalado, el informe resaltó que, durante ese periodo de cinco años, diecinueve agencias militares y civiles hicieron uso de los métodos de *ADR* e informaron sobre el uso de una amplia variedad de técnicas de resolución de conflictos,

²⁵⁶ CARR, F., *Alternative Means of Dispute Resolution in Federal Contract Disputes* en BREGER, M. J (editor), “Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook”, ABA, Chicago, 2000, p. 271.

incluyendo la mediación, los *mini-trials*²⁵⁷, *dispute review boards*, conciliación judicial y el arbitraje no vinculante.

La implementación en Estados Unidos de los ADR en el ámbito de la contratación pública y su positiva acogida y efectos, lo revelan como un campo especialmente idóneo para el arbitraje, y al que, por tanto, habrá que prestar especial atención cuando se aborde el estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español²⁵⁸.

5.2. Responsabilidad Patrimonial de la Administración

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, la *ADR Act* lleva a cabo dos importantes reformas del Código de los Estados Unidos: una que afecta a las reclamaciones dirigidas contra los Estados Unidos, y otra concerniente a las reclamaciones que pueden llevar a cabo los Estados Unidos, y ello debido a que la cuantía de las indemnizaciones es susceptible de negociación²⁵⁹.

²⁵⁷ El *mini-trial* (mini juicio), es una técnica de resolución de conflictos que promovió a través de un programa piloto el *U.S Army Corp of Engineers* en 1984, para resolver aquellas controversias en que era parte, buscando con ello un procedimiento más rápido y menos costoso, y sobre todo salvar la relación entre las partes. El éxito del programa provocó la expansión de este método y su uso es hoy muy frecuente en Estados Unidos. En un *mini-trial*, cada parte presenta el conflicto a su representante, y los representantes tratarán de llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero imparcial, que tratará de guiarlos en las negociaciones.

²⁵⁸ Sobre el arbitraje en la contratación pública se ha tratado en el capítulo III de esta investigación desde el prisma de la legislación vigente, y se abordará en el Capítulo V de esta tesis al tratar de la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho Público.

²⁵⁹ Administrative Conference of the United States; *Recommendation 84-7: Administrative settlement of tort and other monetary claims against the Government*. 1984.

En primer lugar, en relación con las reclamaciones patrimoniales contra los Estados Unidos. El primer párrafo de la sección 2672 del Título XXVIII del Código de los Estados Unidos establece que el responsable de una agencia puede aceptar una resolución, adoptar un compromiso o llegar a un acuerdo sobre una reclamación por daños contra los Estados Unidos, cuando hubieren sido causados por la negligencia, el error o la omisión de un funcionario en el ejercicio de sus funciones. En caso de que la reclamación excediere de los 25.000 dólares será necesaria la previa autorización escrita del *Attorney General* o persona por él designada, para que puedan ser efectivos esos, compromisos, resoluciones o acuerdos.

La *ADR Act* reformó la sección 2672 añadiendo un segundo párrafo. Este nuevo párrafo autoriza a los responsables de las agencias tanto a aceptar resoluciones, compromisos o acuerdos, como a acudir a los métodos *ADR* para la resolución de conflictos sobre reclamaciones contra los Estados Unidos, sin necesidad de contar con la previa autorización escrita del *Attorney General*, en tanto en cuanto el *Attorney General* hubiere delegado en el responsable de la agencia dicha competencia. Sin embargo, la reforma matiza que esta delegación hecha al responsable de la agencia no podrá exceder de las competencias delegadas a los abogados de los Estados Unidos por el *Attorney General*, en lo relativo a la adopción de acuerdos sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra los Estados Unidos. En concreto, en el precepto se lee:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la frase anterior, cualquier resolución, compromiso o acuerdo pueden ser aceptados sin la previa autorización escrita del Attorney General o persona por él designada, en la medida en que el Attorney General delegue en el responsable de la agencia la competencia para aceptar dicha resolución, compromiso o acuerdo. Tales delegaciones no podrán exceder de las competencias delegadas por el Attorney General en los abogados de los Estados Unidos para llegar a acuerdos sobre reclamaciones de dinero contra los Estados Unidos. Cada agencia federal puede usar el arbitraje u otros medios

alternativos de resolución de conflictos conforme a las previsiones del subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, en la medida de las competencias de cada agencia para aceptar una resolución, compromiso o acuerdo sobre dicha reclamación sin la previa autorización escrita del Attorney General o persona por él designada.”

De modo que con la introducción de este nuevo párrafo puede entenderse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración hasta la cantidad de 25.000 dólares el responsable de una agencia puede llegar a un acuerdo, compromiso o aceptar una resolución sin necesidad de delegación; y, a partir de los 25.000 dólares, el responsable de la agencia debe tener la competencia delegada del *Attorney General* para poder llegar a esos acuerdos, compromisos o resoluciones, sin que la delegación pueda exceder el límite de lo delegado a los abogados de los Estados Unidos para la negociación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

En segundo lugar, en cuanto a las reclamaciones que lleven a cabo los Estados Unidos, la *ADR Act* modifica la sección 3711.a) 2) del título 31 del Código de los Estados Unidos, aumentando de 20.000 dólares a 100.000 o cantidad superior que fije el *Attorney General*, la cantidad a partir de la cual el responsable de la agencia puede aceptar una resolución.

En definitiva, el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ha sido considerado en EE.UU como un ámbito especialmente propicio para la implementación de los métodos *ADR*. Así lo demuestra, por un lado, tanto el margen de discrecionalidad que se deja al responsable de la agencia para optar por alguno de las vías *ADR* en las reclamaciones contra los Estados Unidos; y, por otro, la opción del legislador por aumentar el límite de la cuantía susceptible de ser sometida a *ADR* en las reclamaciones de los Estados Unidos. Ambas opciones del legislador ponen, pues, de manifiesto la confianza que generan estas vías de resolución de conflictos cuando se trata de la reclamación de cantidades dinerarias.

5.3. Medio Ambiente

El movimiento *ADR* y, en concreto, la *ADR Act* de 1990, y su posterior versión de 1996, han tenido un fuerte impacto en materia medio ambiental²⁶⁰. La complejidad de la materia y el gran número de intereses afectados en un conflicto medio ambiental, así como la siempre lenta y costosa vía judicial son las principales causas que provocaron que la legislación medioambiental y la U.S. *Environmental Protection Agency* (en adelante, *EPA*) impulsaran las técnicas *ADR* y tuvieran un gran éxito²⁶¹.

La complejidad que presentan muchas veces los conflictos medioambientales exige una preparación técnica que no se puede exigir a los jueces, habitualmente desbordados por la cantidad de asuntos a resolver, asuntos que afectan a una gran variedad de materias, lo que complica gravemente la especialización. Por ello, en los conflictos medioambientales el *neutral*, al ser una persona especializada que goza de la disponibilidad de tiempo debida para atender las cuestiones de carácter complejo, y al reunir en su persona los requisitos de imparcialidad e independencia, se presenta como una alternativa razonable y eficaz al juez ordinario, habitualmente desbordado en su trabajo.

El medio ambiente es un bien de interés general que debe contar con unos mecanismos jurídicos que reparen adecuadamente y con

²⁶⁰ Véase uno de los artículos referentes en la materia CRABLE, S., “ADR: A Solution For Environmental Disputes”, *Arbitration Journal*, vol.48, nº 1, 1993, pp. 24 a 36. JUNCEDA MORENO, F.J., *Derecho Ambiental en el Amazonas. Un reto para Sudamérica*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2010.

²⁶¹ Véanse los resultados del programa piloto que adoptó la EPA para promover el uso de los ADR por sus delegaciones regionales, publicados en 1987 *Superfund Enforcement Mediation, Regional Pilot Results*.

carácter de urgencia los daños que cada día se le provoquen, “y no sólo con una indemnización económica tardía.”²⁶²

Los mecanismos de ADR tienen un especial protagonismo en materia de responsabilidad por daños provocados a los recursos naturales, tal como demuestra *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*²⁶³ (CERCLA), comúnmente conocida como la *Superfund*. En virtud de esta Ley, y con las modificaciones hechas en 1986 por la *Superfund Amendments and Reauthorization Act*²⁶⁴, se impulsó, con medidas muy concretas²⁶⁵, el uso de los mecanismos ADR entre la EPA y los operadores en el sector²⁶⁶.

La EPA ha sido una de las agencias que más ha desarrollado este tipo de métodos alternativos a la vía judicial para la resolución de controversias medioambientales; y ha hecho uso de una gran variedad

²⁶² DEL OLMO ALONSO, J., *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Administrativo*, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2004, p. 98.

²⁶³ *Public Law 96-510, 94 Stat. 2797*, de 11 de diciembre de 1980. Esta ley creó una tasa que afectaba a las industrias química y petrolera y proporcionó una amplia autoridad Federal para reaccionar directamente frente a las emisiones o las eventuales liberaciones de sustancias peligrosas que pudieran poner en peligro la salud pública o el medio ambiente. Durante cinco años, con esta tasa, se recaudaron 1,6 billones de dólares que se destinaron a un fondo fiduciario para la limpieza de sitios de desechos peligrosos abandonados o incontrolados.

²⁶⁴ *Public Law 99-499*, de 17 de octubre de 1986.

²⁶⁵ Así, por ejemplo, se prohíbe a la EPA ejercitar cualquier tipo de acciones judiciales en los 120 días siguientes a la puesta en conocimiento de las informaciones que harían posible la interposición de la acción pertinente, de acuerdo con las secciones 9601 a 9627 del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

²⁶⁶ Véase EISEN, JOEL B., *ADR at the Environmental Protection Agency*, en BREGER, M. J (editor), “Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook”, ABA, Chicago, 2000, pp. 370 y ss.

de métodos de *ADR*, incluida la conciliación, los *mini-trials* y la mediación. En el año 2000, la *EPA* publicó un documento en el que dejaba clara su idea respecto de los mecanismos de *ADR* y en el que fijaba sus principales líneas de actuación para promover el uso de esas técnicas en materia medioambiental; se trata de la *Policy on Alternative Dispute Resolution*²⁶⁷. En dicho documento, la agencia medioambiental norteamericana destaca, en primer lugar, las ventajas de la utilización de los *ADR* en este ámbito entre las que destacan, además de las comunes, por todos conocidas (la rapidez con que se resuelven los conflictos, el reducido coste del procedimiento, y la mayor creatividad de las resoluciones así como el mayor nivel de satisfacción de las partes respecto de las mismas), las siguientes:

- El fomento de una cultura de respeto y confianza entre la *EPA*, sus grupos de interés, y sus empleados.
- La mejora de las relaciones entre las partes.
- Una mayor probabilidad de cumplimiento de las leyes ambientales y sus disposiciones de desarrollo.
- Mayor apoyo de los interesados a los programas de la agencia; y mejores resultados ambientales.

Interesa aquí destacar la previsión de que los gastos asociados a los procedimientos de *ADR*, según prevé la *Policy on Alternative Dispute Resolution*, sean sufragados en parte o en su totalidad por la propia *EPA*.

En el mismo documento, la *EPA* creó un centro especializado - el *Conflict Prevention and Resolution Center (CPRC)*- como órgano de servicio y apoyo en las áreas de creación de consenso, la resolución de problemas de colaboración, la resolución alternativa de conflictos, y la resolución de conflictos ambientales. El *CPRC* desarrolla e

²⁶⁷ Federal Register, vol. 65 n° 249/ Wednesday, December 27, 2000/Notices, pp. 81858 a 81860.

implementa la política de *ADR* de la *EPA*, administra ampliamente los programas de *ADR*, coordina la gestión de casos y su evaluación y proporciona apoyo a las actividades específicas de los programas de *ADR*. El *CPRC* ayuda, a su vez, a otras oficinas de la *EPA* en el desarrollo de formas eficaces para prever, prevenir y resolver los conflictos; facilita, además, la formación necesaria a los potenciales neutrales para que estén los mejor preparados posible para el desempeño de su misión; y, finalmente, ofrece formación al personal de las agencias encaminada a fortalecer la capacidad de negociación²⁶⁸.

Especialmente interesante es el protagonismo que tiene la institución del arbitraje en materia medioambiental en Estados Unidos, aun cuando el método más utilizado por la Agencia es el de la mediación. En este sentido, conviene destacar que la *EPA* en 1989, siguiendo las indicaciones de la *CERCLA*, aprobó una reglamentación- *Arbitration Procedures for Small Superfund Cost Recovery Claims*- sobre el uso del arbitraje en aquellos asuntos inferiores a los 500.000 dólares (sin contar intereses)²⁶⁹.

El movimiento *ADR* irrumpió con fuerza no sólo en el *decisionmaking* de la agencia, sino también en el ámbito de su potestad reglamentaria, a través de lo que se conoce como el *rulemaking*, que como ya se ha señalado antes, no es otra cosa si no la

²⁶⁸Toda la información sobre la *EPA* y sus políticas de promoción de los mecanismos de *ADR*, así como todo lo relativo al *CRPC* y su actividad la encontramos en: <http://www.epa.gov/publicinvolvement/adr.htm>

²⁶⁹ *CERCLA*, sección 122 (h) (2), y sección 9622 (h) (2), del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

introducción de la negociación en la elaboración de las distintas regulaciones²⁷⁰.

Así, la *EPA* ha promovido en los procedimientos de elaboración de las normas, la participación de sus principales destinatarios, y el resultado ha sido muy exitoso, con dos efectos importantes: por un lado, ha habido un acercamiento entre la agencia y los operadores del sector, mejorando así las comunicaciones entre partes habitualmente enfrentadas; y, por otro, debido al consenso conseguido en la elaboración de las normas, se ha reducido considerablemente el nivel de litigiosidad que provocan las normas propuestas.

Resulta, así, interesante la buena acogida que en el ámbito de la regulación medioambiental han tenido los *ADR*. Parece que al tratarse de un ámbito donde es muy notable la pluralidad de intereses afectados, ello debería descartar la implantación de estos métodos, sin embargo, ha sido precisamente esa circunstancia, la que a motivo su promoción. Y es que el legislador consideró que justamente porque en los asuntos medioambientales era muchos los intereses afectados, no convenía la lentitud con que estos se resolvían en la vía judicial.

6. Conclusión

En definitiva, los métodos alternativos de resolución de conflictos y, en concreto, el arbitraje administrativo, han tenido un muy buen recibimiento en Estados Unidos.

Como se ha podido comprobar, en este apartado se ha utilizado con mayor frecuencia el calificativo de *administrativo*, en lugar del de

²⁷⁰ Véase DALTON, DEBORAH S., *Negotiated Rulemaking Changes EPA Culture* en BREGER, M. J (editor), "Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook", ABA, Chicago, 2000, p. 135 y ss.

público para referirse al arbitraje, y ello se debe a que el arbitraje regulado por la *ADR Act* no es solo un método sustitutivo de la vía judicial, sino también y principalmente de la vía administrativa. El legislador, al detectar que los procedimientos administrativos se habían convertido en procesos excesivamente farragosos y largos, creyó conveniente articular un sistema de métodos alternativos de resolución de conflictos que sustituyera a la vía judicial y, en el caso del arbitraje, con la posibilidad de que el laudo produjera efectos de cosa juzgada, impugnabile únicamente en los casos tasados por causas formales.

Así, las causas que llevaron al legislador a aprobar la *ADR Act* de 1990 resultan especialmente interesantes pues, aunque referidas algunas de ellas a los defectos de los procedimientos administrativos son plenamente trasladables a los procedimientos judiciales y, por tanto, sirven al análisis sobre la conveniencia de promover un arbitraje de Derecho público en el ordenamiento jurídico español.

Son muchas las características que se han destacado en este apartado sobre el arbitraje de Derecho administrativo norteamericano, entre las más relevantes de cara a nuestra investigación destacan las siguientes:

En primer lugar, destaca la opción por una ley especial que regule el arbitraje administrativo. El legislador estadounidense no ha dudado en ningún momento de la conveniencia de que exista una legislación especial sobre la materia. Las especialidades que presenta el Derecho administrativo y la implicación del interés público, han sido suficientes para que el legislador haya aprobado una ley específica de arbitraje administrativo, sin que la cuestión haya provocado siquiera un debate doctrinal. Se ha querido, por tanto, distinguir entre la *Federal Arbitration Act* de 1996 y la *ADR Act*. Como ya se ha señalado, lo que sí que ha previsto el legislador en la *ADR Act* es el carácter supletorio de la *Federal Arbitration Act* en lo no previsto en la *ADR Act*.

Otra de las notas características que presenta el arbitraje administrativo en Estados Unidos es la del principio de la autonomía

de la voluntad. Así, la voluntariedad debe estar en la base de cualquier compromiso arbitral o cláusula compromisoria para que el arbitraje entre una agencia y un particular pueda reputarse válido y plenamente constitucional de acuerdo con el artículo II y III de la Constitución norteamericana. En Estados Unidos no valdría el razonamiento válido en nuestro sistema de que el legislador puede suplir a la Administración, y ello por dos razones de fondo: la primera porque en Estados Unidos las agencias están concebidas como entes independientes del poder ejecutivo, y la segunda por la concepción liberal que impera en dicho país que reduce al Estado al mínimo en su rol interventor.

En tercer lugar, en relación con el ámbito aplicación material resulta especialmente interesante el hecho de que el legislador deja a la libre decisión de las partes las materias a someter a arbitraje, estableciendo únicamente en la sección 582 unos límites muy amplios a esta disponibilidad de las materias, entre los que destaca el legítimo interés de terceros en el procedimiento arbitral.

La atención que la Ley presta a la contratación pública y a la responsabilidad patrimonial evidencia el protagonismo que en la vida pública tienen estas dos materias y en consecuencia el interés que despiertan como ámbitos especialmente idóneos para implantar métodos alternativos de resolución de conflictos más ágiles y eficientes de lo que son los procedimientos administrativos y judiciales.

Resalta también la delimitación negativa que hace el legislador en el ámbito material, pues el legislador, en lugar de optar por establecer un criterio de arbitrabilidad, ha preferido marcar los límites a dicha arbitrabilidad, dejando a las partes libertad para someter a arbitraje las pretensiones que respeten esos límites. Entre todos esos límites, destaca como límite fundamental el principio de no afectación de terceros.

En cuanto a la impugnabilidad del laudo, la *ADR Act* se remite a las causas formales recogidas en las secciones 9 a 13 del Título 9 de *USC*, lo que evidencia que el legislador no ha creído necesario

habilitar un sistema de recurso especial por tratarse de materias sujetas a Derecho público, sino que ha preferido mantener las mismas causas previstas para el arbitraje privado.

Finalmente, otro de los puntos interesantes del arbitraje administrativo norteamericano es el tratamiento que hace la norma sobre la confidencialidad. El legislador, de hecho, toma parte activa sobre el asunto en la *ADR Act* de 1996 al despejar expresamente las dudas que giraban en torno a la confidencialidad de las comunicaciones y del propio laudo durante la vigencia de la *ADR Act* de 1990. El legislador, consciente de que es un asunto delicado, pues la confidencialidad es una de las notas características de la institución arbitral, exceptúa de la aplicación de la *FOIA* las comunicaciones de los neutrales, y decreta expresamente la confidencialidad en las comunicaciones que tienen lugar entre los neutrales y las partes.

En conclusión, si bien es cierto que muchas de las notas del arbitraje administrativo en Estados Unidos son consecuencia de su forma de organización y del liberalismo imperante en su mentalidad, otras muchas notas son trasladables al sistema continental europeo. Y ello se debe precisamente al fenómeno de transformación que están protagonizando los sistemas políticos europeo-continentales. Así, en Europa, las autoridades reguladoras y, en concreto, las agencias, están cobrando un especial protagonismo a causa del paulatino paso del Estado de ser un Estado prestador de servicios públicos a ser un Estado garante de los mismos. Esta circunstancia está provocando que la intervención directa del Estado en la vida de la comunidad sea cada vez menor y sean los sujetos privados los encargados de prestar servicios de interés general²⁷¹. Así, siendo los operadores privados quienes prestan los servicios de interés general, estos exigen para la eficiente prestación de los mismos métodos de resolución de

²⁷¹ Véase: ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Marcial Pons, 2013, Madrid.

_____ *IV. Estudio de Derecho comparado: Estados Unidos, Francia e Italia*

conflictos rápidos y flexibles que se adapten a los ritmos del mercado y que los problemas con el regulador, se resuelvan también de forma rápida y eficaz, pues ello afecta sin duda a la actividad prestacional.

II. El arbitraje de Derecho público en Francia

El ordenamiento jurídico francés ha tenido siempre, pero muy especialmente desde la Revolución Francesa, una influencia decisiva en los países de la familia jurídica neorrománica, sobre todo en el ámbito del Derecho administrativo. Así el ordenamiento jurídico administrativo español encuentra sus raíces en el sistema de Derecho administrativo francés. Es por ello por lo que resulta ineludible el estudio microcomparado de la regulación que recibe el arbitraje de Derecho público en el país galo.

Como se verá, el principio que rige sobre la cuestión es el de interdicción del arbitraje en el Derecho público, sin embargo, a pesar de ello, dos son los elementos que justifican este estudio comparado: por un lado, las excepciones que a dicho principio recoge la legislación francesa; y, por otro, los distintos informes elaborados sobre la materia por estudiosos y profesionales de alto nivel del Derecho administrativo. En concreto, destaca el informe del Consejo de Estado Francés, titulado *Régler autrement de conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative*. Lo que pone de manifiesto la necesidad que del arbitraje tiene la Administración en la práctica, a pesar de que el legislador haya mantenido como regla general la interdicción del arbitraje en el Derecho público.

En este apartado, en primer lugar, se trata de contextualizar la institución en el marco jurídico administrativo, para evitar confusiones de cualquier género, en relación con el traslado de la regulación al ordenamiento interno. Posteriormente, se aborda propiamente la regulación del arbitraje de Derecho público en la legislación francesa. En tercer lugar, se analizan los distintos pronunciamientos doctrinales y el del Consejo de Estado sobre la cuestión. Y, finalmente, se

El arbitraje de Derecho público _____

recogen las notas del análisis comparado que más interesan a esta investigación.

1. El régimen jurídico administrativo en Francia

El sistema administrativo francés ha tenido una gran influencia en la formación de los sistemas jurídicos de los Estados de la Europa continental. El Derecho administrativo y, en consecuencia, el sistema de justicia administrativa que hoy vigente en Francia es fruto de un largo proceso histórico.

En el país vecino el Derecho administrativo es un Derecho especial, completamente autónomo e independiente del Derecho privado, con su propia jurisdicción y que está totalmente marcado por la noción de servicio público. El sistema administrativo en el país galo se caracteriza por tres notas principales: en primer lugar, su naturaleza fundamentalmente jurisprudencial; en segundo lugar, como consecuencia de esta primera nota, la dificultad existente en el conocimiento de las normas; y, finalmente, su estrecha vinculación al Derecho constitucional.

La primera de estas notas implica que el Consejo de Estado tenga un trascendente papel en la formación y el desarrollo del mismo, pues dicho órgano no solo tiene funciones consultivas (como ocurre en el ordenamiento jurídico español) sino que en Francia tiene atribuida también una función jurisprudencial. En efecto, el carácter jurisprudencial del sistema de Derecho administrativo francés queda probado por ser la propia jurisprudencia quien se encarga de extraer de las disposiciones legislativas, los principios generales del Derecho administrativo, que son fuente del Derecho, tal y como habrá ocasión de comprobar más adelante al tratar directamente del arbitraje de Derecho público.

2. El sistema de justicia administrativa

Para poder comprender el sistema de justicia administrativa vigente en Francia, conviene hacer una breve referencia a sus antecedentes históricos.

Como texto de referencia aparece la Ley 16-24 de agosto de 1790 en la que quedaba plasmado el principio revolucionario de división de poderes, interpretado conforme a parámetros revolucionarios. Así, a través de esa Ley se establecía una radical separación entre las funciones judiciales y las funciones administrativas, impidiendo la acción judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa, a través de la máxima “*el poder judicial no puede juzgar a la administración*”²⁷². A pesar de ello, la sustracción al poder judicial de la competencia para conocer de las materias administrativas no se tradujo en una atribución de dicha jurisdicción al juez administrativo, pues existía también cierta desconfianza hacia lo que pudiera parecerse a un tribunal de excepción.

Como corolario de esta absoluta separación entre el poder ejecutivo y el poder judicial, el sistema francés creó una fórmula de protección frente al actuar del poder ejecutivo, que vino a conocerse como el contencioso-administrativo. De este modo, en el año VIII del periodo napoleónico la Constitución creó el Consejo de Estado, órgano de carácter administrativo, creado para proponer resoluciones al Gobierno, primero, sobre las reclamaciones patrimoniales contra la Administración y, luego, para admitir las quejas basadas en la ilegalidad de la actuación administrativa, proponiendo, así,

²⁷²También resalta aquí el Decreto 16 de fructidor del año III por el que se sustrae la jurisdicción contencioso-administrativa a los tribunales.

resoluciones no vinculantes al Ejecutivo²⁷³. Con las mismas funciones, pero a escala provincial, en el año VIII se crea el Consejo de la Prefectura. Se trataba, pues, de un sistema de justicia retenida donde la Administración controlaba la decisión final, en base a las propuestas de sus órganos. Este sistema encontraba su justificación en el principio de que *juger l'Administration c'est encore administrer*.

El rigor en el ejercicio de la función consultiva de los Consejos de Prefectura y, sobre todo, del Consejo de Estado dan lugar, en 1872, al sistema de justicia delegada, en que estos órganos pasan a ejercer también funciones jurisdiccionales, resolviendo directamente sobre los recursos.

Hoy los Consejos de Prefectura son los conocidos Tribunales Administrativos, cambio operado por el Decreto-Ley de 30 de septiembre de 1953 con el objetivo de descargar al Consejo de Estado. Posteriormente, mediante Decreto de 1 de enero de 1983 se crearon los Tribunales Administrativos de Apelación, lo que supuso un verdadero desahogo en el volumen de asuntos encomendados al Consejo de Estado.

Conviene destacar, que ni estos tribunales administrativos ni el Consejo de Estado pertenecen, en rigor, al poder judicial, sino que forman parte del orden administrativo, siendo la máxima autoridad el Consejo de Estado del que todos los demás tribunales administrativos dependen. No obstante el carácter administrativo de estos órganos, la independencia de sus miembros frente al poder ejecutivo está plenamente garantizada por un estatuto propio distinto del previsto

²⁷³ En concreto el artículo 52 de la Constitución del 22 de febrero del año VIII encomienda al Consejo de Estado “*la redacción de los proyectos de ley y los reglamentos de la Administración pública, así como de resolver las dificultades que se le presenten en materia administrativa.*”

para los jueces ordinarios y para los funcionarios de la Administración Pública.

Por su importancia, conviene abordar, brevemente, la institución del Consejo de Estado, para que pueda entenderse el alcance que tienen sus pronunciamientos.

El estatuto del Consejo de Estado se encuentra recogido en el Código de justicia administrativa, y entre las funciones que se le atribuyen se distingue entre las que tienen carácter consultivo y las que tienen carácter jurisprudencial.

En relación con las funciones consultivas del Consejo de Estado, se concretan en cuatro supuestos: 1) el Gobierno debe someter preceptivamente a consulta del Consejo de Estado los proyectos de ley y de ordenanzas (reglamentos); 2) el Gobierno somete a consulta del Consejo de Estado, según los casos preceptiva o facultativamente, los proyectos de ley, ordenanzas y ciertos decretos, con el fin de que el Consejo ejerza un control tanto de legalidad, como de oportunidad de las mismas; 3) el Gobierno puede formular libremente al Consejo de Estado otras consultas jurídicas orientadas, por ejemplo, a reformas legislativas, a las que responde con informes o dictámenes²⁷⁴; 4) y, por último, anualmente el Consejo de Estado remite anualmente al Gobierno su informe anual, dando cuenta de su actividad.

En relación con su función jurisdiccional, el Consejo de Estado es la última instancia casacional y, en algunos casos muy concretos y de una relevancia especial, se erige como el juez de primera

²⁷⁴ En este supuesto es donde se enmarca el Informe del Consejo de Estado de 1993: *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative* y que vamos a tener ocasión de estudiar en detalle en este apartado.

instancia²⁷⁵. Es aquí donde el máximo órgano administrativo crea Derecho y asienta las bases y las líneas maestras del Derecho administrativo galo. Ahora bien, el juez administrativo no es el único que juzga a la Administración, pues el juez ordinario conoce, en algunos casos, de aquellas materias en que la Administración actúa sujeta al Derecho privado.

Los recursos de que conoce el juez administrativo son de dos tipos: el recurso por exceso de poder, que va dirigido a obtener la nulidad de un acto administrativo por su ilegalidad, y el recurso de plena jurisdicción, que contiene reclamaciones de responsabilidad patrimonial destinadas a obtener la reparación de daños y perjuicios.

Una vez asentadas las bases del sistema de justicia administrativa francés, se aborda, a continuación el tratamiento que, en Francia, se ha dado y se da hoy al arbitraje de Derecho público.

3. El principio de interdicción del arbitraje en el Derecho público

La regla general en el Derecho francés es la prohibición del arbitraje en los litigios de Derecho público. El principio de interdicción del arbitraje en materia administrativa encuentra varios fundamentos legislativos.

²⁷⁵El Consejo de Estado conoce, en calidad de juez de primera instancia principalmente, de los recursos contra decretos, recursos contra decisiones ministeriales y recursos contra determinadas decisiones administrativas.

3.1. El apartado primero del artículo 2060 del Código Civil Francés y el artículo 2061 del Código Civil Francés

El principio por el cual se prohíbe el arbitraje de Derecho público viene recogido en el art. 2060 del *Code Civil* que está enmarcado en el capítulo dedicado al arbitraje. El precepto establece la incomprometibilidad expresa de las controversias en que estén implicados sujetos públicos o cuestiones de orden público. Literalmente, el precepto declara:

“No se pueden establecer compromisos (...) sobre las disputas que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y más generalmente en todas las materias que interesen al orden público.”

De este precepto pueden extraerse dos fundamentos de la inarbitrabilidad: uno orgánico y otro material.

En cuanto al fundamento orgánico, el precepto es claro en cuanto a la inarbitrabilidad de las controversias en que alguna de las partes sea un poder o una institución pública.

De modo que el precepto atiende, en primer lugar, a la naturaleza pública de las partes en el litigio, prescindiendo de la naturaleza pública o privada de la relación jurídica que existe entre las partes. De ello se deduce que, en principio, un contrato privado de una administración o institución pública no puede tampoco someterse a arbitraje; y, a la inversa, un contrato de carácter público formalizado por personas privadas podría, según esta disposición, someterse a arbitraje²⁷⁶.

²⁷⁶ En Francia la naturaleza pública o privada de un contrato, no viene determinada por el objeto del contrato, si no por los sujetos que son partes en el mismo; la naturaleza pública o privada de las partes, es lo que va a determinar la naturaleza del contrato.

En lo relativo al fundamento material, el límite que marca el precepto es el del orden público. Sobre este punto, parte de la doctrina francesa ha manifestado su disconformidad, por entender que ni el orden público material ni el orden público procesal pueden implicar en modo alguno la inarbitrabilidad del litigio²⁷⁷.

La cuestión del orden público se ha limitado a una discusión doctrinal, pues nunca ha sido utilizada por la jurisprudencia francesa, que solo ha fijado su atención en la naturaleza pública de las partes, esto es, en el fundamento orgánico o subjetivo del apartado 1 del art. 2060 del Código Civil.

El Consejo de Estado atendiendo a este precepto ha declarado que el principio de interdicción del arbitraje de Derecho público es un principio general del Derecho público²⁷⁸.

Por su parte el artículo 2061 del Código Civil francés establece:

No es este el lugar, para tratar a fondo la cuestión, pero excepcionalmente un contrato puede tener carácter administrativo, aun cuando todas las partes contratantes sean privadas. Existe una importante Sentencia del Tribunal de Conflictos, de 8 de julio de 1963, conocida como *Entrepise Peyrot*. La sentencia tenía por objeto un contrato celebrado entre *STEREL*, sociedad privada, y *Peyrot*, sociedad de economía mixta, para la construcción de una carretera nacional. Pues bien, el Tribunal de Conflictos dijo que se estaba ante un contrato administrativo porque los trabajos de construcción de vías terrestres era actividad de naturaleza pública y que la sociedad de economía mixta no hacía sino actuar en representación del Estado, en ese contrato concreto.

²⁷⁷ MAISONNEUVE, M., *L'arbitrage des litiges sportifs*, Bibliothèque de Droit Public, L.G.D.J./Lextenso, 2011, p. 233.

²⁷⁸ CONSEIL D'ETAT, Avis de 6 de marzo de 1986 (Eurodisneyland), Section des travaux publics n° 339710, *Revue de l'arbitrage*, n° 2, 1992, p.397, por el que se confirma el principio según el cual "*la règle écrite n'est plus que l'expression du principe et elle ne joue qu'un rôle subalterne*".

“A reserva de las disposiciones legislativas particulares, la cláusula compromisoria será válida en los contratos celebrados en razón de una actividad profesional.”

El precepto viene a autorizar las cláusulas compromisorias en aquellos contratos relativos a una actividad profesional. MCGREGOR, en su investigación, opina que el precepto se refiere por igual a la cláusula compromisoria como al compromiso arbitral²⁷⁹.

Autores como FOUCHARD opinan que la actividad profesional a que se refiere el precepto puede ser llevada a cabo por personas morales de Derecho público²⁸⁰, por lo que el precepto supone una tendencia hacia la aceptación del arbitraje en las controversias que se deriven de una actividad profesional²⁸¹.

3.2. El artículo L. 721-3 del Código de Comercio francés

El artículo L-721-3 del Código de Comercio declara que son competencia de los tribunales mercantiles: 1º. las controversias entre comerciantes, entidades de crédito o compañías financieras o de entre estos entre sí; 2º. las controversias entre sociedades mercantiles; 3º. y las que se refieran a actos de comercio entre “todas las personas”; todo

²⁷⁹ MCGREGOR, E., *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement*. Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, LGDJ, Genève, Zurich, Paris, 2015, p. 70.

²⁸⁰ FOUCHARD, P., “La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001”, *Revue de l'arbitrage*, nº 3, 2001, p. 416.

²⁸¹ Sin embargo, sobre si los contratos administrativos quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del precepto, la doctrina no se ha manifestado al respecto.

ello sin perjuicio de que las partes prefieran someter sus controversias a arbitraje²⁸², establece el precepto en su último apartado.

En apariencia, este precepto no tiene ninguna incidencia en el Derecho administrativo. Sin embargo, se ha destacado la posibilidad de que los establecimientos de carácter industrial y mercantil puedan entrar en el ámbito de aplicación de este precepto. Ello en base a la interpretación que de este tipo de instituciones puede hacerse pudiendo entenderlas comprendidas entre los *comerciantes* a que se refiere el número 1º del precepto, realizando *actos de comercio*, en el sentido del número 3º del mismo; y en consecuencia podrían someter sus controversias a arbitraje²⁸³.

Sin embargo, no ha sido esa la lectura que el Consejo de Estado ha hecho del precepto, interpretándolo de manera muy restrictiva, y descartando en todo caso la posibilidad de que las personas o instituciones de carácter público, cualquiera que sea el objeto de su actividad, puedan remitir sus disputas a arbitraje²⁸⁴.

²⁸² En concreto, el artículo L-721-3 del Código de Comercio señala que los tribunales mercantiles conocerán:

Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux;

De celles relatives aux sociétés commerciales;

De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées.

²⁸³ JARRONSSON, C., "L'arbitrage en droit public" *L'actualité juridique. Droit administratif*, 1997, p. 21.

²⁸⁴ Conseil d'Etat, ass. 13 de diciembre de 1957, *Société nationale de vente des surplus*, Rec., 678, conclu.

4. Legislación excepcional en materia de arbitraje de Derecho público

El principio de interdicción del arbitraje de Derecho público, encuentra, sin embargo, en el ordenamiento jurídico francés algunas excepciones legales, pues al estar recogido en una norma que no tiene rango constitucional, sino solo legal, es evidente que, en base a los principios generales, puede ser exceptuada o derogada por normas posteriores del mismo rango, como efectivamente ha ocurrido.

Siguiendo la clasificación que hace MCGREGOR²⁸⁵ en su investigación, pueden distinguirse dos grandes grupos: por un lado, las excepciones legislativas en función de las personas públicas implicadas (*ratione personae*); y, por otro, las excepciones en función de la materia sobre la que versan (*ratione materiae*).

4.1. Excepciones *ratione personae*

Con ánimo de recopilar, aclarar y ordenar todas las excepciones legales al principio de interdicción del arbitraje de Derecho público, el legislador francés aprobó *l'ordonnance* n° 2000-387 de 4 de mayo del 2000, por la que en el artículo L.311-6 del Código de Justicia Administrativa se recogían todas aquellas materias por las que podría recurrirse al arbitraje²⁸⁶. Se van a ver aquí algunas de esas excepciones

²⁸⁵ MCGREGOR, E., *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement*. Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, LGDJ, Genève, Zurich, Paris, 2015, pp. 74 y ss.

²⁸⁶ “El artículo L.311-6 establece: “*Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par :*

legales y también algunas otras que el precepto no recoge, a pesar de su propósito recopilador.

4.1.1. Los establecimientos públicos de carácter industrial y mercantil

En principio, y en virtud del artículo 2060 del Código Civil francés antes comentado, donde se recoge el principio de interdicción del arbitraje de Derecho público, y que ha sido elevado a la categoría de principio general del Derecho público por el Consejo de Estado, no parece que los establecimientos públicos de carácter industrial y mercantil puedan someter sus conflictos a arbitraje, pues, como ya se ha visto, es el carácter público de las partes lo que va a determinar la interdicción del arbitraje.

L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget general des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, repris à l'article 132 du nouveau code des marchés publics;

L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile;

L'article L. 321-4 du code de la recherche;

Les articles L. 2102-6, L. 2111-14 et L. 2141-5 du code des transports.

L' article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales;

L' article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications;

L' article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre.”

Si bien es cierto que dichos establecimientos tienen carácter público, pues, en cierto modo, tienen encomendadas misiones de servicio público, también es verdad que las mismas operan en el mercado privado y que se rigen por las reglas del Derecho privado y, en consecuencia, sus disputas están encomendadas a la jurisdicción ordinaria.

No obstante, aunque los establecimientos públicos de carácter industrial y mercantil puedan someter sus disputas a la jurisdicción mercantil, conviene recordar aquí el asunto “*Société nationale de vente de surplus*” de 1957, en que el Consejo de Estado dejó bien clara la imposibilidad de someter a arbitraje las controversias de los establecimientos públicos industriales y mercantiles²⁸⁷.

A pesar de ello, las presiones doctrinales sobre este punto, fueron creciendo, pues se entendía que dichos establecimientos no tenían de público más que el nombre²⁸⁸. El legislador, atendiendo a esas voces, decidió abrir la vía del arbitraje para *les établissements publics à caractère industriel et commercial*, añadiendo un segundo párrafo al artículo 2060 del Código Civil²⁸⁹:

*“Sin embargo, determinadas categorías de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial pueden ser autorizadas por decreto a comprometer.”*²⁹⁰

²⁸⁷ Conseil d’Etat, ass. 13 de diciembre de 1957, *Société nationale de vente des surplus*, Rec., 678.

²⁸⁸ PATRIKIOS, A. *L’arbitrage en matière administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, p. 137.

²⁸⁹ Ley 75-596, de 9 de julio de 1975

²⁹⁰ Conviene destacar sobre este punto que el párrafo segundo del artículo 2060 del Código Civil ha sido interpretado por el Consejo de Estado en sentido restrictivo, en el sentido de entender sólo incluido el compromiso arbitral, excluyendo del mismo

Este párrafo fue acogido con optimismo por autores como PATRIKIOS, que vieron abierta la posibilidad de que los establecimientos públicos de carácter industrial y mercantil pudieran someter sus controversias a arbitraje, mediante autorización expresa del legislador mediante decreto²⁹¹. Sin embargo, las expectativas sobre el precepto no se cumplieron, pues los límites formales del mismo se presentaron como verdaderos obstáculos para la implantación real del arbitraje. Además, hay que tener en cuenta la poca diligencia del ejecutivo para hacer realidad los efectos que podrían derivarse del mismo.

Procede ahora detenerse en esas autorizaciones legislativas para que determinados establecimientos industriales y mercantiles puedan someter sus disputas a arbitraje. La *Société nationale des chemins de fer français (SNCF)*, *La Poste*, *France Télécom*, *Réseau ferré de France (RFF)* y *L'Oseo* son los ejemplos más paradigmáticos.

Por lo que se refiere a la *SNCF*, la ley nº 82-1153 de 30 de diciembre de 1982, en su artículo 25 autoriza expresamente a la misma a someter sus disputas a arbitraje. No obstante, estuvo en duda la naturaleza de los litigios que en dicha autorización estaban incluidos. Y es que la ley afirma que son las normas de Derecho mercantil las que rigen la gestión financiera y contable de la *SNCF*. De ahí que la doctrina haya interpretado que son los litigios de

la cláusula compromisoria: “*ne confère pas la faculté d’inserer dans un contrat une clause compromissoire...*”

²⁹¹ PATRIKIOS, A., *L'arbitrage en matière administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, p. 149.

Derecho privado los que podrían someterse a arbitraje de acuerdo con la Ley de 30 de diciembre de 1982²⁹².

A pesar de la autorización expresa de la Ley, aunque se trate de una autorización sobre las materias de Derecho privado, la *SNCF* no ha recurrido al arbitraje por distintos motivos, pero fundamentalmente porque dice no hacerle falta, pues se siente cómoda ante la jurisdicción, la cual, además, resulta siempre económicamente más ventajosa que el arbitraje.

La Poste y France Télécom, por su parte, también fueron autorizadas para recurrir al arbitraje por el art. 28 de la Ley n° 90-568 de 2 de julio de 1990. No obstante, ambos operadores públicos fueron privatizados en 1996 y en 2004, respectivamente²⁹³, por lo que la previsión del artículo 28 de la ley 90-568, de 2 de julio quedó obsoleta y finalmente derogada por la ley n° 2010-123 de 9 de febrero del 2010.

La *RFF*, encontró cobertura legal para acudir a arbitraje con el art. 3 de la Ley n° 97-135 de 13 de febrero de 1997, si bien autores como MCGREGOR entienden que esa habilitación legal cubre solo los conflictos de Derecho privado.

Finalmente, hay que referirse a la empresa pública *Oseo*, que tiene por objeto la financiación de las pequeñas y medianas empresas para promover la capacidad de innovación y de crecimiento, el art. 5 de *l'ordonnance* de 29 de junio de 2005²⁹⁴ habilita a *l'établissement* el

²⁹² DELVOLLE, J-L., “Une véritable révolution... inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative)”, *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, p.382.

²⁹³ Por la Ley de 26 de julio de 1996 y por el Decreto n° 2004-387 de 3 de mayo del 2004, respectivamente.

²⁹⁴ Por *ordonnance* se entiende el reglamento dictado por el poder ejecutivo en materia legislativa en virtud de una ley de delegación.

recurso al arbitraje. No obstante, todo lleva a pensar que solo podrán someterse a litigios de carácter privado, pues de acuerdo con el art. 5 de *l'ordonnance* el establecimiento está sometido a las reglas de los empresarios mercantiles e industriales en materia de gestión financiera y contable.

Hasta aquí se ha podido comprobar el avance que se ha ido produciendo en el ordenamiento jurídico francés en aras a la aceptación del recurso a arbitraje para los establecimientos públicos de carácter mercantil e industrial. Se trata de un paso muy importante, pues, aunque el principio general es el del rechazo absoluto de carácter subjetivo, lo cierto es que el mercado presiona y empuja al legislador a prever la vía arbitral, que se presenta más rápida y atractiva para los operadores.

4.1.2. Los establecimientos públicos de carácter administrativo

En relación a los establecimientos públicos de carácter administrativo, conviene hacer referencia a los de carácter científico y tecnológico, a los centros públicos de enseñanza, así como a las cámaras industriales y de comercio²⁹⁵.

En virtud de la ley de 12 de julio de 1982, art. 19, los establecimientos públicos de carácter científico y tecnológico pueden someter a arbitraje las controversias que mantengan con organismos extranjeros en relación a la ejecución de contratos de investigación, siempre y cuando así lo autorice su órgano de administración, ya sean contratos de carácter privado como de carácter público.

²⁹⁵ MCGREGOR, E., *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement*. Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, LGDJ, Genève, Zurich, Paris, 2015, pp. 87 y 88.

Los centros públicos de enseñanza, en virtud del art. L. 123-6 del Código de Educación (*l'ordonnance du 15 juin 2000*) también podrán someter sus controversias a arbitraje cuando traigan causa en la ejecución de contratos firmados con organismos extranjeros, en las condiciones que se fijen por decreto.

Por último, en relación a las *chambres de commerce et d'industrie (CCI)*, el art. D.711-75 del Código de Comercio francés habilita a las mismas para que puedan recurrir al arbitraje en aquellas controversias que tengan su origen en alguno de los contratos en los que ellas sean parte.

4.2. Excepciones rationae materiae

En este apartado se va a fijar la atención en aquellos ámbitos de aplicación objetivo donde el legislador francés ha abierto la vía al arbitraje de Derecho público. En concreto en el ámbito de los *marchés publics*, los contratos de colaboración entre las colectividades públicas y las sociedades extranjeras “*pour la réalisation d'opérations d'intérêt national*” y los *contrats de partenariat* (contratos de asociación)²⁹⁶.

²⁹⁶ Ténganse en cuenta otras referencias legales al arbitraje de derecho público como: la Ley de 16 de octubre de 1919, relativa a la utilización de la energía hidráulica, que su artículo 25, permitía al Estado el recurso al arbitraje en el ámbito de aplicación material de la ley, previa autorización del Consejo de Ministros, no obstante este precepto fue derogado, por el artículo 4 de *l'ordonnance* n° 2011-504 de 9 de mayo del 2011; el artículo 1.112-24 del Código de patrimonio habilita el recurso a arbitraje cuando se trate de un procedimiento para la recuperación de un bien cultural, siempre que haya acuerdo de las partes; y el art. L. 523-10 también del Código de Patrimonio, que impone el arbitraje en caso de desacuerdo de las partes sobre las condiciones de realización o sobre la financiación de las excavaciones en materia arqueológica. Sobre este último caso de arbitraje, en realidad nos encontramos frente a un procedimiento obligatorio, sustitutivo únicamente de la vía administrativa, y no frente a un arbitraje de derecho público

4.2.1. La contratación pública

La primera Ley que supuso una excepción al principio de interdicción del arbitraje de Derecho público tan arraigado en el siglo XIX fue la Ley de 17 de abril de 1906 y, en concreto, su artículo 69, hoy recogido en el artículo 128 del *Code des marchés publics*.

Esta ley venía a autorizar al Estado, a *les départements* y a *les communes* el recurso al arbitraje en materia de contratación pública y, en concreto, para la liquidación de sus gastos en los contratos de obras y de suministros. Como se ve, el ámbito material de aplicación material del arbitraje previsto en esta norma resulta ser muy limitado. Además, el precepto establece una segunda limitación y es que para el caso del Estado, este necesita de una autorización por decreto para poder recurrir al arbitraje, previos informes preceptivos del ministro competente y del de Economía.

No obstante, debe situarse esta ley históricamente. La ley de 17 de abril de 1906 trae causa de la Exposición Universal de 1900 y tenía como finalidad facilitar la resolución de las disputas que se derivasen de la contratación pública a propósito de la Exposición. La ley, a pesar de suponer un gran avance en materia de arbitraje de Derecho público, no ha tenido una gran aplicación práctica, debido a las limitaciones previstas por el propio precepto. Sin embargo, esta incorporación legal tuvo buena acogida por parte de la doctrina y provocó, además, que el Consejo de Estado Francés, en su informe de 1993, que se comentará más adelante, profundizara sobre la tema y recomendara la

strictu sensu, pues los que componen el tribunal son técnicos expertos nombrados de entre varios candidatos seleccionados por el ministerio de cultura. Véase, DEVOLVÉ, J.-L., “Une véritable révolution... inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l’arbitrage en matière administrative)”, *Revue de l’arbitrage*, nº 3, 2007, p. 381.

contratación pública como ámbito de aplicación material idóneo del arbitraje²⁹⁷.

4.2.2. Contratos celebrados entre colectividades públicas y sociedades extranjeras “*pour la réalisation d’opérations d’intérêt national*”

La ley nº 86-972 de 19 de agosto de 1986, en su artículo 9, permite al Estado, a las colectividades territoriales y a los establecimientos públicos en los contratos que celebren con sociedades extranjeras, la suscripción de cláusulas compromisorias, para la resolución de las disputas que versen sobre la aplicación e interpretación de los mismos para la realización del interés nacional²⁹⁸. Esta ley debe contextualizarse, pues nace con el propósito de conseguir que la sociedad *Walt Disney Productions* se instale en París a los efectos de la construcción del parque temático, hoy por todos conocido, en Île-de-France, *Eurodisneyland*.

A primera vista podría pensarse que la ley 86-972 ha debido suponer un gran avance en lo que se refiere a la admisión del arbitraje

²⁹⁷ *Conseil d’État; Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative. Les études du Conseil d’État.* La Documentation Française. Paris, 1993, pp.89 y ss.

²⁹⁸ Artículo 9 de la ley nº 86-972 de 19 de agosto de 1986: *Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats.*

FOUSSARD dice que por interés nacional debe entenderse “*toute opération ayant, à raison de son ampleur ou de son objet, un retentissement national.* FOUSSARD, D., “L’arbitrage en droit administratif”, *Revue de l’arbitrage* 1, 1990, p.22.

de Derecho público. Sin embargo, la terminología utilizada por la Ley, revela que la misma fue aprobada única y exclusivamente para el caso *Eurodisney*²⁹⁹, quedando, así, *de facto*, descartada la posibilidad de extenderla a otros casos³⁰⁰.

4.2.3. Los contratos de asociación

La excepción de mayor calado y trascendencia al principio de interdicción del arbitraje de Derecho público se encuentra en la *l'ordonnance* nº 2004-559 de 17 de junio del 2004, en la que queda habilitado el arbitraje para los contratos de asociación³⁰¹.

El artículo 11 de la ordenanza señala que los contratos de *partenariat* deberán incluir, necesariamente, una cláusula relativa a la

²⁹⁹ DEVOLVÉ, J.-L., *L'arbitrage en droit administratif*, en LACHAT HÉRITIER/HIRSCH (ed.), *De Lege Ferenda études pour le professeur Alain Hirsch*, Slatkine, Genève, 2004, p. 118.

³⁰⁰ El art. 9 de la Ley 86-972 establece: “*Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats.*”

PATRIKIOS, A. *L'arbitrage en matière administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, p.129.

³⁰¹ Por contratos de asociación se entiende, en Francia, los contratos administrativos entre el Estado y empresas privadas para la construcción de determinadas obras necesarias para la prestación de un servicio público. Sería el equivalente, con matices, en el derecho público español, al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 11 del 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).

forma en que se van a resolver los conflictos que puedan surgir entre las partes y las condiciones que, en su caso, permitirán el recurso al arbitraje, precisando que en caso de arbitraje la ley a aplicar será siempre la francesa³⁰². De este precepto, pueden extraerse conclusiones como: la aceptación de la inserción de las cláusulas compromisorias para este tipo de contratos; la exclusión del arbitraje de equidad, pues el texto se refiere a *la loi française*³⁰³ y finalmente la prioridad del derecho francés sobre el derecho extranjero.

No obstante, a pesar, de la novedad legislativa y la buena acogida que tuvo en la doctrina, esta *ordonnance* no ha tenido el éxito esperado. Hasta 2007, en efecto, ninguno de los contratos de “asociación” celebrados desde la aprobación de la norma había incluido una cláusula compromisoria³⁰⁴. A pesar de todo hay que reconocer que esta previsión normativa ha supuesto un gran avance en el proyecto de implantación del arbitraje de Derecho público.

³⁰² *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :*

l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française

³⁰³ MCGREGOR subraya que este es el primer texto legislativo que se posiciona sobre el polémico debate doctrinal sobre la idoneidad del arbitraje de derecho o del arbitraje de equidad en materia administrativa: “*Il s’agit du premier texte législatif à prendre position sur la question de l’équité en matière administrative. Jusque-là, dans le silence de la jurisprudence, la doctrine se montrait ambivalente sur la question*”. *L’arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les États-Unis et l’arbitrage d’investissement*. Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, LGDJ, Genève, Zurich, Paris, 2015, p.80.

³⁰⁴ LABETOUILLE, D. “Le clause compromissoire dans les contrats administratifs”, 1^{er} juillet, *Revue des contrats*, n° 3, 2006, p. 974. De hecho, es la constatación de esta ineficacia lo que provocará la constitución de un grupo de trabajo en el 2006 que acabará por publicar el informe LABETOUILLE, antes analizado.

5. Informe del Consejo de Estado: Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative

Llama la atención el hecho de que el máximo responsable de la Justicia Administrativa en Francia, el *Conseil d'Etat*, el 14 de febrero 1993, elaborara un estudio titulado *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage, en matière administrative*³⁰⁵. Dicho informe trae causa de una carta que la primera ministra francesa Edith Cresson envió al Consejo de Estado el 10 de julio de 1991 trasladándole su deseo de que la sección de informes y estudios del Consejo de Estado procediera a realizar un estudio general sobre los modos alternativos de resolución de conflictos en materia administrativa.

La publicación de dicho informe tuvo un buen recibimiento por parte de la doctrina científica que desde entonces no ha dejado de proponer distintas reformas legislativas orientadas a revitalizar el recurso administrativo previo; a mejorar la intervención del *Médiateur de la République*; a la introducción de la conciliación, de la transacción y, lo más importante, a efectos de nuestro estudio, del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos de Derecho público en aquellas cuestiones en que su uso resulta recomendable.

La justificación principal que da el Consejo de Estado para abrir el Derecho público al mundo del arbitraje resulta particularmente interesante si se tiene en cuenta su coincidencia con una de las ventajas que, en favor del arbitraje, se han alegado al inicio de esta

³⁰⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative. Les études du Conseil d'État*. La Documentation Française. Paris, 1993.

investigación. El Consejo de Estado va a la raíz de la cuestión preguntándose por las razones que llevan a los empresarios a acudir al arbitraje: la confidencialidad del procedimiento, la especialización de los árbitros, y la flexibilidad y la celeridad con que se resuelve el procedimiento arbitral. Pues bien, seguidamente se pregunta por qué no van a interesar esas mismas razones a la Administración Pública en sus relaciones con los empresarios, concluyendo su razonamiento con estas interesantes palabras:

*“Las mismas razones que llevaron a un arbitraje entre las empresas se dan para justificar el uso del arbitraje entre entidades públicas y empresas.”*³⁰⁶

Sobre el ámbito de aplicación material del arbitraje de Derecho público el Consejo de Estado hace varias reflexiones interesantes.

El *Conseil d'État* descarta por el momento, la posibilidad de someter a arbitraje los litigios derivados de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, no obstante el alto órgano no plasma las razones que le llevan a hacer dicha afirmación, y se limita a decir que “*no parece conveniente admitirlos*”.

El Consejo de Estado también descarta la posibilidad de que los conflictos que versen sobre la legalidad de la actuación administrativa, puedan someterse al arbitraje³⁰⁷. Como es el recurso por exceso de poder. Tampoco convence, aquí, el argumento argüido por el Consejo de Estado para descartar el sometimiento de este tipo de cuestiones a arbitraje, pues se limita a decir que solo el juez estatal es competente

³⁰⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative. Les études du Conseil d'État*. La Documentation Française. Paris, 1993,p. 87: “*Les raisons qui ont conduit à l'arbitrage entre entreprises se retrouvent pour justifier le recours à l'arbitrage entre personnes publiques et entreprises.*”

³⁰⁷ *Ibid.* p. 89

en la materia, no pudiendo en modo alguno, el árbitro sustituirle³⁰⁸. Sin embargo, el alto tribunal no niega la posibilidad de que en un procedimiento arbitral de Derecho público sobre cualquier otra materia, el árbitro se vea obligado a examinar la legalidad o el significado de un acto administrativo.

Finalmente, el Consejo de Estado señala en su informe como materia propicia para el recurso al arbitraje de Derecho público el de la contratación pública, señalando como contratos idóneos el de obras, el de suministros y el de servicios. Sin embargo, descarta de lleno la posibilidad de someter a arbitraje el contrato de concesión de servicio público, en base a lo ligados que este tipo de contratos están al papel y a las responsabilidades de las personas públicas³⁰⁹.

6. EL informe LABETOUILLE

El informe LABETOUILLE³¹⁰ es un informe que remite el Consejo de Estado francés al Ministro de Justicia, junto con un

³⁰⁸ *Ibid.* p. 89.

³⁰⁹ *Ibid.* pp. 90 a 92.

³¹⁰ El nombre del informe, se corresponde con el apellido del presidente del grupo de trabajo, Daniel LABETOUILLE, antiguo presidente de la sección de litigios del Consejo de Estado francés. El grupo de trabajo fue constituido a petición del Vicepresidente del Consejo de Estado, y lo componían profesionales del mundo del derecho, entre los que podían contarse abogados y magistrados de reconocido prestigio. Para conocer la lista de participantes véase COURRÈGES, A. y VÉROT, C., “L’arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques: quelques éclairages sur un rapport récemment remis au Garde des sceaux”, *Revue de Droit Administratif et droit Fiscal* 3, 2007, pp. 484-493. Hasta el momento todos los estudios que se han hecho en España sobre el arbitraje administrativo en Francia han fijado su atención en el informe del Consejo de Estado de 1993, y ello se debe a que no se ha

anteproyecto de ley, el de 27 de marzo del 2007, y en el que analiza en profundidad la posibilidad de que las personas jurídico-públicas recurran al arbitraje para la resolución de sus conflictos³¹¹.

A modo de resumen, se puede decir que lo que hace el informe es recomendar la apertura definitiva y sin tapujos la vía del arbitraje al ámbito del Derecho público, derogando, por tanto, el principio de interdicción del arbitraje para las personas morales de Derecho público recogido en el artículo 2060 del Código civil francés.

Por un lado, renuncia al criterio subjetivo, permitiendo a todas las personas públicas acudir al arbitraje, sin excepción; y, por otro, abriendo el ámbito de aplicación del arbitraje a todo el panorama contractual de la Administración, dando, por tanto, así, un paso adelante en relación al informe del Consejo de Estado de 1993 que limitaba su recomendación al ámbito de los *marchés publics*. De modo que, el informe LABETOUILLE cree posible someter a arbitraje todos los litigios que surjan a partir de un contrato administrativo, incluidos los que deriven de un contrato de concesión de servicio público.

En cambio, el informe no incluye en el ámbito de aplicación del arbitraje los litigios sobre responsabilidad extracontractual de la Administración, aunque no niega la conveniencia de hacerlo ni que exista ya un marco jurídico adecuado para su inclusión. Mantiene, así, la misma postura que mantuvo el Consejo de Estado en el informe de 1993³¹².

encontrado ninguno de ellos que datara con posterioridad al 2005. Por ello se va a fijar aquí especialmente la atención, en el informe LABETOUILLE.

³¹¹ COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, "Rapport du Groupe de Travail Sur L'arbitrage en Matière Administrative, *Revue de l'arbitrage*, nº 3, 2007, p. 650.

³¹² "Les consultations menées ont en effet mis en lumière l'intérêt qu'il pourrait y avoir à pouvoir recourir à l'arbitrage pour le règlement de litiges de responsabilité

El informe LABETOUILLE viene a introducir una serie de novedades procedimentales importantes respecto a la posibilidad de admitir el arbitraje de Derecho público. Novedades que va a haber la oportunidad de analizar más en profundidad en el siguiente apartado. Por ello se van aquí a enunciar únicamente cuáles son las más relevantes.

En el informe se propone un procedimiento específico de arbitraje público, independiente de las reglas generales que rigen el arbitraje privado, resaltando la conveniencia de que ese procedimiento respete los principios generales del procedimiento administrativo recogidos en el Código de Justicia Administrativa, lo que supone que el Consejo de Estado sería quien podría conocer de los recursos contra el laudo, de acuerdo con la legislación francesa, y quien tendría competencia para hacerlo ejecutivo.

Por otro lado, el informe permite la admisión tanto de las cláusulas compromisorias como del compromiso arbitral, y como datos relevantes a tener en cuenta en relación con la confidencialidad, recomienda la publicidad de las audiencias y la publicación de los laudos arbitrales.

quasi-délictuelle lorsque ceux-ci mettent en cause des appréciations essentiellement factuelles, par exemple en matière de responsabilité hospitalière, ou de dommages de travaux publics : la procédure d'arbitrage permettrait par exemple de recourir plus facilement à des expertises. Ouvrir à l'arbitrage les litiges mettant en jeu la responsabilité quasi-délictuelle des personnes publiques, lorsque cette responsabilité ne résulte pas de l'illégalité d'un acte administratif, ne poserait ainsi aucune difficulté d'ordre juridique, et pourrait paraître très souhaitable.

Mais à la réflexion, le groupe de travail a préféré ne pas proposer à ce stade de procéder à une telle ouverture, pour des raisons essentiellement d'ordre pratique ou d'opportunité". COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE "Rapport du Groupe de Travail Sur L'arbitrage en Matière Administrative, *Revue de l'Arbitrage*, n° 3, 2007, p. 657.

7. Coloquio de 30 de septiembre de 2009

El 30 de septiembre de 2009 se celebró un coloquio organizado por la *Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public* en el marco del cual intervino el entonces vice-presidente del Consejo de Estado francés M. Jean-Marc Sauvé a favor de extender el arbitraje a *les personnes morales de droit public*³¹³.

En su intervención SAUVÉ incide en que el arbitraje debe velar por la que es la misión fundamental de las personas morales de Derecho público, esto es, la de garantizar el respeto al interés general y el buen funcionamiento de los servicios públicos.

Para ello, SAUVÉ considera necesario que en el arbitraje en que intervengan las personas morales de Derecho público se respeten unas cuestiones básicas: en primer lugar, que las cuestiones relativas al control de la legalidad de la actuación administrativa queden bajo el control exclusivo de la jurisdicción administrativa pudiendo someterse a arbitraje aquellas cuestiones contractuales en que intervenga una *persona pública*.

En segundo lugar, el vicepresidente del Consejo de Estado considera fundamental que en el arbitraje se garanticen los principios fundamentales del Derecho administrativo francés, entre los que destaca la igualdad ante la actuación pública y la mejor seguridad jurídica. Esto conllevaría que, en estos casos, los laudos arbitrales fueran públicos. El interés público, exigiría además, según SAUVÉ, que los laudos pudieran ser objeto de control por el juez de apoyo, tanto en lo que se refiere a las cuestiones procedimentales como de fondo.

³¹³ <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public>, consultada el 10 de octubre de 2016.

8. El proyecto LABETOULLE bis

Por su parte, el 19 de octubre de 2010 el ex ministro de Justicia PASCAL CLÉMENT impulsó un proyecto de Ley n° 2887 *d'arbitrage impliquant des personnes publiques*. Este proyecto, conocido con el nombre de proyecto LABETOULLE bis, supuso la materialización de algunas de las propuestas del informe LABETOULLE, sin embargo el mismo nunca llegó a ver la luz.

El proyecto recoge así la arbitrabilidad de las cuestiones concernientes a las personas de Derecho público en el marco contractual; admite la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral; se reconoce al Consejo de Estado como el órgano competente para conocer de los recursos contra el laudo; y se recoge la publicidad de las resoluciones arbitrales³¹⁴.

9. Procedimiento arbitral

Son numerosos los trabajos, artículos y estudios que sobre el arbitraje de Derecho público se pueden encontrar entre la doctrina francesa. Por eso, en este apartado se va a abordar brevemente las cuestiones relativas al procedimiento arbitral en el ámbito del Derecho público, teniendo en cuenta lo propuesto por la doctrina mayoritaria, el informe del Consejo de Estado de 1993 y el informe LABETOUILLE.

³¹⁴ <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion2887.asp>, consultada el 10 de octubre de 2016.

9.1. El régimen jurídico aplicable al procedimiento arbitral

La doctrina francesa se encuentra, ciertamente, dividida en relación al régimen jurídico aplicable al procedimiento arbitral en el ámbito del Derecho público.

La doctrina mayoritaria aboga por la aplicación al ámbito administrativo del procedimiento arbitral previsto para los litigios de Derecho privado en el libro cuarto del Código Procesal Civil francés. Dos son los argumentos fundamentales que dan los autores para defender esta postura: por un lado, el de que la institución arbitral es una institución de naturaleza eminentemente privada por lo que el procedimiento arbitral va necesariamente ligado al Derecho privado³¹⁵; por otro lado, se arguye el argumento de que así se deriva de la remisión al Derecho privado que hace la Ley de 17 de abril de 1906 del Código del Proceso Civil, remisión que debe interpretarse como un principio general del Derecho arbitral³¹⁶.

En cambio, el Consejo de Estado, así como el Comité francés del arbitraje en el informe LABETOUILLE, prefieren la articulación de un procedimiento arbitral autónomo, independiente del existente para el arbitraje de Derecho privado, fundándose en las particularidades que presenta el Derecho público, y que inevitablemente afectaría de forma sustancial al régimen del arbitraje regulado en el Código Procesal Civil.

³¹⁵ FOUSSARD, D., “L’arbitrage en droit administratif”, *Revue de l’arbitrage*, nº 1, 1990, p.42; PATRIKIOS, A. *L’arbitrage en matière administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, p. 201.

³¹⁶ FOUSSARD, D., “L’arbitrage en droit administratif”, *Revue de l’arbitrage*, nº 1, 1990, p. 33; MCGREGOR, E., *L’arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les États-Unis et l’arbitrage d’investissement*. Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, LGDJ, Genève, Zurich, Paris, 2015, p. 115.

El informe LABETOUILLE aprueba que tanto el Código Procesal Civil como la jurisprudencia vertida sobre el arbitraje por los tribunales ordinarios puedan servir de inspiración a la eventual norma que regule el arbitraje de Derecho público. También el grupo de trabajo que elaboró el informe remarca la necesidad de que dicha norma esté fundada en los principios generales del procedimiento administrativo, entre los que se encuentran los principios de motivación y publicidad de las sentencias³¹⁷.

9.2. El compromiso arbitral

Como en el arbitraje de Derecho privado el acuerdo de voluntades, en lo que se refiere al recurso al arbitraje, es fundamental para que pueda darse este método alternativo de resolución de conflictos. Por tanto, aquí habrá que estar a las normas de competencia y formación de voluntad por parte de las Administraciones Públicas. Sobre este punto tanto la doctrina francesa como el informe del Consejo de Estado y el informe LABETOUILLE coinciden en que aquí la Administración Pública tiene poder de discreción para decidir si quiere o no recurrir al arbitraje en las materias en las que puede hacerlo por haber sido autorizada a ello por la Ley.

Como regla general, las cláusulas compromisorias referidas a las personas morales de Derecho público están prohibidas en el sistema francés y, así, se deriva de las excepciones legales al principio de interdicción del arbitraje de Derecho público, antes expuestas. De

³¹⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative. Les études du Conseil d'État*. La Documentation Française. Paris, 1993, p. 95; COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, "Rapport du Groupe de Travail Sur L'arbitrage en Matière Administrative, *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, p.664.

modo que el sistema francés parece preferir el compromiso arbitral frente a la cláusula compromisoria, por entender que las partes no son capaces de valorar, con carácter previo a su nacimiento, la magnitud de los litigios que estarían sometiendo a arbitraje³¹⁸.

No obstante, se aprecia un cambio de tendencia en el legislador, que aboga cada vez con mayor convicción por la necesidad de admitir la cláusula compromisoria en el arbitraje de Derecho público. Así, recuérdese que antes el artículo 2061 del Código Civil francés preveía la nulidad de las cláusulas compromisorias, salvo que legalmente se estableciera lo contrario. Hoy dicho precepto se lee en otro sentido muy distinto:

“Sin perjuicio de lo que establezcan las disposiciones legislativas particulares, la cláusula de arbitraje será válida en contratos celebrados a propósito de una actividad profesional.”

Destaca también aquí *l’ordonnance* nº 2004-559 de 17 de junio del 2004, ya mencionada antes, que viene no solo a admitir la cláusula compromisoria en los contratos de asociación, sino a obligar a las partes a formalizarla para el caso de que quieran acudir al arbitraje para la resolución de eventuales conflictos.

Por su parte, el informe LABETOUILLE, a diferencia de lo que opinaba el Consejo de Estado en 1993, propone por decisión unánime del grupo de trabajo que lo elabora, la admisión de la cláusula compromisoria en el arbitraje de Derecho público. En aras a preservar la libertad de las partes en la negociación de este tipo de cláusulas, el informe LABETOUILLE hace dos interesantes recomendaciones: por un lado, que en aquellos contratos que necesiten de una autorización

³¹⁸ JARRONSON, C., “Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001”, *Semaine Juridique (édition notariale et immobilière)*, nº 3, 2002, p.99.

especial por parte de un órgano deliberante para su celebración, la inclusión de la cláusula compromisoria sea también objeto de deliberación por parte del mismo órgano y como una pieza separada del contrato; y, por otro, que la cláusula no vaya en modo alguno incluida en el anuncio de licitación, de forma que los licitadores no tengan más opción que aceptarla, pues así quedaría mermada la autonomía de la voluntad de las partes, sino que lo que recomienda el informe es que la cláusula se negocie directamente con el adjudicatario³¹⁹.

9.3. El juez de apoyo

La mayor parte de la doctrina francesa se ha mostrado a favor de que sean los tribunales ordinarios los *jueces de apoyo* al arbitraje, esto es, los competentes para conocer del arbitraje de Derecho público, en base a que con independencia del carácter público del litigio, las cuestiones a conocer por él, serían de carácter eminentemente arbitral, y en ello la jurisdicción ordinaria ya cuenta con buena experiencia. Así, cuestiones como el nombramiento y la recusación de los árbitros, la ejecución de la sentencia arbitral, etc., son materias que nada tienen que ver con el Derecho público, por lo que nada justificaría la remisión de dichos asuntos a los jueces y tribunales administrativos que se caracterizan por su especialización en el Derecho administrativo³²⁰.

³¹⁹ COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, "Rapport du Groupe de Travail Sur L'arbitrage en Matière Administrative, *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, p.663.

³²⁰ DEVOLVÉ, J.-L., "Une véritable révolution...inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative)", *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2007 pp. 402 y ss.

Por su parte, el Consejo de Estado y el Comité francés del arbitraje son partidarios de que el juez competente para conocer las cuestiones relativas al arbitraje de Derecho público sea el juez administrativo, en base a que el mismo podría verse obligado a decidir sobre cuestiones de Derecho público, como podría ser la nulidad de una cláusula compromisoria³²¹.

9.4. El órgano arbitral

El órgano arbitral será el que hayan designado las partes libremente, de acuerdo con los principios de imparcialidad, independencia y especialidad. El informe LABETOUILLE no quiso estudiar la posibilidad de regular la forma de elección de los árbitros ni tampoco su remuneración, para respetar así el principio de libertad que debe regir todo arbitraje, limitándose a decir que los honorarios de los árbitros deben ser compatibles con la buena gestión de los fondos públicos.

El informe entiende que la mejor forma de que el arbitraje quede aclimatado a la esfera pública, es mediante el recurso a las instituciones arbitrales, como son las Cámara de Comercio Internacional, la Asociación francesa de arbitraje y el Centro de mediación y arbitraje de la Cámara de comercio e industria de Paris³²².

³²¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative. Les études du Conseil d'État*. La Documentation Française. Paris, 1993, pp. 97 y 98; COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, "Rapport du Groupe de Travail Sur L'arbitrage en Matière Administrative, *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, p. 659.

³²² COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, "Rapport du Groupe de Travail Sur L'arbitrage en Matière Administrative, *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, pp.665 y 666.

9.5. El procedimiento ante el tribunal arbitral y sus efectos

El arbitraje deberá respetar los principios del procedimiento contencioso-administrativo. De acuerdo con el informe LABETOUILLE, las reglas procedimentales serán las que determinen las partes libremente, con la única excepción de que la forma utilizada deberá ser, generalmente, la escrita.

Por otro lado, tal y como se ha adelantado al tratar de LABETOUILLE, este informe proclama la conveniencia de que las audiencias en el procedimiento arbitral sean públicas. Esto parece chocar con una de las características más importantes del arbitraje, la confidencialidad. El grupo de trabajo LABETOUILLE reconoció este riesgo y, por eso, en su informe esta cuestión, una de las más delicadas, llegó a plantearse como un serio escollo para la admisión del arbitraje de Derecho público³²³. En efecto, la falta de confidencialidad parecía estar desnaturalizando a la institución arbitral. Finalmente, el informe entendió que la institución no quedaba mermada en su naturaleza, y acabó por entender que debía garantizarse a los ciudadanos el acceso a las audiencias, en la medida en que en el arbitraje de cuestiones administrativas se ve afectado de alguna manera el interés de la sociedad.

Respecto de la publicidad de los documentos del procedimiento arbitral, el informe tiene en cuenta la Ley de 17 de julio de 1978

³²³ “Le groupe de travail, soucieux de trouver un équilibre satisfaisant entre ces différentes exigences et conscient de ce que cette question délicate conditionne en partie l’acceptation de l’arbitrage dans la sphère publique, s’est longuement interrogé sur les modalités de la publicité devant accompagner le déroulement et l’issue de l’instance d’arbitrage.” COMITÉ FRANÇAIS DE L’ARBITRAGE, “Rapport du Groupe de Travail Sur L’arbitrage en Matière Administrative, *Revue de l’arbitrage* 3,2007, p. 666.

relativa al acceso a los documentos administrativos³²⁴ y, sobre todo, el principio de transparencia que debe regir toda la actividad de la Administración. Así, el grupo de trabajo admite el acceso de terceros a los documentos pero preservando la confidencialidad o el secreto de la instrucción y de la deliberación para una mayor “*sérénité des débats et du prononcé*” de la decisión.

9.6. El laudo arbitral, su publicidad y su impugnabilidad

En relación al Derecho aplicable en el arbitraje público, existen posturas contrapuestas en la doctrina francesa. La cuestión es si cabe la equidad (*amiable composition*) en el arbitraje de Derecho público, o los litigios administrativos deben únicamente someterse al arbitraje de Derecho.

Autores como DEVOLVÉ creen que *l'amiable composition*³²⁵ es altamente recomendable, pues la equidad, no hace sino mejorar al Derecho, perfeccionándolo³²⁶. Otros autores, destacan la necesidad de que la equidad sea expresamente pactada de común acuerdo por ambas partes³²⁷.

El informe LABETOUILLE, en cambio, insiste en la necesidad de que el arbitraje público sea un arbitraje de Derecho, descartando

³²⁴ Ley n° 78-753 de 17 julio de 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*

³²⁵ Sobre el arbitraje de equidad, me remito al Capítulo I de esta investigación.

³²⁶ DEVOLVÉ, J.-L., “Une véritable révolution...inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative)”, *Revue de l'arbitrage* 3, 2007 pp. 391 y 392.

³²⁷ PATRIKIOS, A. *L'arbitrage en matière administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, p. 264.

por completo la posibilidad de la equidad, en base a que las personas públicas actúan normalmente sometidas a normas de Derecho público, por lo que ve difícil la posibilidad de descartar la aplicación del Derecho sobre el fondo de la cuestión sometida a la decisión de un tribunal arbitral³²⁸.

En relación con la publicidad del laudo arbitral, la cuestión es la siguiente: ¿rige aquí el principio de confidencialidad que es una de las principales ventajas del arbitraje, o regiría, más bien, el principio de publicidad de las sentencias, consagrado en el artículo L. 10 del Código de Justicia Administrativa? Pues bien, sobre la cuestión, tanto la doctrina como el informe LABETOUILLE se han manifestado a favor de aplicar al arbitraje administrativo el principio de publicidad de las sentencias en el procedimiento contencioso-administrativo, de modo que el laudo en un arbitraje de Derecho público debería ser público, por ser la Administración Pública la representante del interés general³²⁹.

Sobre la impugnabilidad del laudo conviene distinguir dos cuestiones: por un lado, quién sería el juez competente para conocer de la impugnación y, por otro lado, qué tipo de recursos cabrían contra el laudo.

En cuanto a la jurisdicción competente para conocer de la impugnación, el informe LABETOUILLE es claro al respecto, y es que correspondería a la jurisdicción administrativa conocer de la

³²⁸ COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, "Rapport du Groupe de Travail Sur L'arbitrage en Matière Administrative", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, p. 661.

³²⁹ DEVOLVÉ, P., *L'arbitrage en droit public français*, en RENDERS/DEVOLVÉ/TANQUEREL (éd.) *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 218 y 219; COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, "Rapport du Groupe de Travail Sur L'arbitrage en Matière Administrative", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, pp. 668 y 669.

misma, y ello en base al principio que atiende a la naturaleza del litigio, esto es, “*el juez competente debe ser aquel, que en ausencia de convenio arbitral, hubiera conocido del litigio*”³³⁰. En cuanto a los concretos tribunales administrativos con competencia para conocer de los recursos, el informe LABETOUILLE se ha pronunciado a favor de que sea el Consejo de Estado quien ostente dicha competencia³³¹.

En lo que refiere a los métodos de impugnación, existen tres métodos de impugnación del laudo arbitral: el recurso de apelación, el recurso de anulación y el recurso de casación.

El informe LABETOUILLE muestra su desagrado hacia el recurso de apelación, pues entiende que el mismo, contradice el espíritu y la lógica del arbitraje, que tiene por nota característica la celeridad, y la apelación, a su juicio, no haría sino alargar el proceso desnaturalizando la institución arbitral³³².

En cuanto al recurso de anulación, el mismo está regulado en el Código Procesal Civil francés, que prevé como causas de nulidad del laudo las siguientes:

- Incompetencia del tribunal arbitral para conocer del asuntos.
- Constitución irregular del tribunal arbitral.
- Incumplimiento por parte del El Tribunal Arbitral al resolver sin cumplir con la misión que se le confía.
- Infracción del principio de contradicción.
- Nulidad del laudo por ser contrario al orden público.

³³⁰ BRUCE, E., “La compétence du juge administratif dans l’arbitrage des personnes publiques. Remises en question”, *Revue de l’arbitrage*, n° 1, 2006, p. 70.

³³¹ COMITÉ FRANÇAIS DE L’ARBITRAGE, “Rapport du Groupe de Travail Sur L’arbitrage en Matière Administrative”, *Revue de l’arbitrage*, n° 3, 2007, p. 669.

³³² COMITÉ FRANÇAIS DE L’ARBITRAGE, “Rapport du Groupe de Travail Sur L’arbitrage en Matière Administrative”, *Revue de l’arbitrage*, n° 3, 2007, p. 669.

- Incumplimiento o desconocimiento de las reglas sobre la redacción del laudo³³³.

A pesar de que parte de la doctrina se ha manifestado a favor de trasladar ese recurso propio del arbitraje privado, al ámbito del arbitraje público³³⁴, el informe LABETOUILLE se ha opuesto en rotundo a esa transposición, defendiendo que el recurso de casación ante el Consejo de Estado ya cumpliría esa función que pretende cumplir el recurso de anulación, yendo ello en contra del principio de economía procesal³³⁵. En cambio el Consejo de Estado, en el informe de 1993, manifestó que el recurso de anulación encajaba mejor con el espíritu del arbitraje, y proponía la articulación de un sistema de recurso parecido al contemplado para el arbitraje privado³³⁶.

Finalmente, por lo que se refiere al recurso de casación, conviene señalar que es por éste método de impugnación por el que se decanta el informe LABETOUILLE, pues es un recurso del que conoce el juez administrativo. Se trata de un recurso regulado en el Código de Justicia Administrativa.

³³³ El apartado 6 del artículo 1491 del Código procesal civil francés establece como reglas para la redacción del laudo las siguientes: la necesidad de motivar la solución adoptada, y que en el laudo consten el nombre de los árbitros, la fecha en que se resuelve y que haya sido adoptado por mayoría.

³³⁴ DEVOLVÉ, J.-L., “Une véritable révolution... inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l’arbitrage en matière administrative)”, *Revue de l’arbitrage*, n° 3, 2007 p. 404

³³⁵ COMITÉ FRANÇAIS DE L’ARBITRAGE, “Rapport du Groupe de Travail Sur L’arbitrage en Matière Administrative”, *Revue de l’arbitrage*, n° 3, 2007, p. 670.

³³⁶ CONSEIL D’ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative. Les études du Conseil d’État*. La Documentation Française. Paris, 1993, p. 100.

Los motivos que llevaron al informe LABETOUILLE a descartar el recurso de anulación y a admitir el recurso *en cassation* en el arbitraje de Derecho público, son las causas sobre las que puede fundarse este último. Causas que no vienen recogidas por la ley, pero sí por la jurisprudencia: incompetencia, vicios de forma, violación directa de una norma jurídica y error de derecho, pues es el control de la aplicación del derecho la principal misión encomendada al Consejo de Estado, el cual no entra a examinar los hechos³³⁷. No obstante, conviene destacar, que parte de la doctrina no acogió favorablemente esta respuesta del informe, por entender que el recurso de anulación respondía mucho mejor a una de las principales ventajas del arbitraje, la de que las partes pretenden generalmente una sentencia definitiva en una única instancia. Y es que las causas para la interposición del recurso de anulación suponen una intervención mucho más limitada de la jurisdicción, de lo que lo supone el recurso de casación.

Esa postura doctrinal, fue la utilizada por el informe LABETOUILLE para descartar el recurso de apelación y admitir el recurso de casación, pues el ámbito de control judicial que ofrece el recurso de casación es mucho más limitado que el del recurso de apelación, respetando, por tanto, mejor las virtudes de la institución arbitral.

10. Conclusión

Como ha podido apreciarse, es notable el interés que por el arbitraje de Derecho público han mostrado, no sólo la doctrina, los

³³⁷ MCGREGOR, E., *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement*, Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, LGDJ, Genève, Zurich, Paris, 2015, pp. 137 y 138.

profesionales del Derecho y el más alto tribunal administrativo, el Consejo de Estado, sino también el propio legislador que, sin haberse atrevido directamente a derogar el principio de interdicción del arbitraje para las personas morales de Derecho público proclamado por el artículo 2060 del Código Civil francés, sí que ha introducido conscientemente la vía legal para que las excepciones a este principio sean cada vez más frecuentes.

Particularmente interesantes son también, de cara a este estudio, el informe del Consejo de Estado de 1993 como el informe LABETOUILLE.

Del primero llaman la atención dos aspectos: el hecho mismo de su existencia, esto es, el que el Consejo de Estado haya dedicado un estudio específico para analizar este asunto y el que haya sido a petición del propio Gobierno, así como la forma en que justifica el recurso al arbitraje en el ámbito del Derecho público con las mismas causas que lo justifican en el Derecho privado. La flexibilidad, la confidencialidad, la celeridad etc., son las ventajas que provocan que los empresarios prefieran acudir al arbitraje, en lugar de a la jurisdicción para resolver sus disputas, pues las mismas ventajas, según el Consejo de Estado, son las que motivan a la Administración Pública en sus relaciones con los empresarios, para acudir al arbitraje³³⁸. Esta justificación viene a confirmar la ventaja que se ha destacado en el capítulo I de esta investigación, esto es, la conveniencia de que la Administración se adapte al fenómeno de la *iusmercantilización*.

El informe LABETOUILLE, por su parte, no establece impedimentos de carácter subjetivo, por lo que eso permitiría a

³³⁸ “*Les raisons qui ont conduit à l’arbitrage entre entreprises se retrouvent pour justifier le recours à l’arbitrage entre personnes publiques et entreprises*” CONSEIL D’ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière Administrative. Les études du Conseil d’État*, La Documentation Française, Paris, 1993, p. 87.

cualesquiera miembros del sector público el recurso al arbitraje, lo cual supone un paso a favor de la implantación del arbitraje en el ámbito del Derecho público francés.

El estudio también aboga por abrir el arbitraje a todo el ámbito de la contratación pública, sin establecer prácticamente excepciones. Ni uno ni otro informe, hacen distinción de criterio en función de la fase de contratación, permitiendo la posibilidad de que cualquiera de ellas pueda someterse al arbitraje. Conviene por otro lado, destacar que ni el informe del Consejo de Estado de 1993, ni el informe LABETOUILLE, aportan una razón convincente para justificar la exclusión del arbitraje en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, limitándose a renunciar a esta posibilidad “*pour des raisons essentiellement d’ordre pratique ou d’opportunité*” y, es más, se reconoce el atractivo del arbitraje para este tipo de materia³³⁹.

En relación a la comprometibilidad, aunque en la práctica el legislador descarta la posibilidad de la cláusula compromisoria, también llama la atención que el informe LABETOUILLE no detecta impedimentos objetivos para incluir la misma en el contrato, de modo que admite su inclusión en el contrato, siempre y cuando las partes así la establezcan de común acuerdo.

Finalmente, se quiere destacar la recomendación del informe LABETOUILLE de crear para el arbitraje de Derecho público un procedimiento autónomo, que se adapte al carácter público de la materia. Como elementos interesantes a valorar en relación con el procedimiento, analizados en el informe, destacan los siguientes: la necesidad de que el arbitraje de Derecho público sea un arbitraje de Derecho; a su vez, el tratamiento que se da a la confidencialidad en el

³³⁹ COMITÉ FRANÇAIS DE L’ARBITRAGE, “Rapport du Groupe de Travail Sur L’arbitrage en Matière Administrative, *Revue de l’arbitrage*, n° 3, 2007, p. 657.

informe, que propone la publicidad de los laudos para preservar el interés público; y, finalmente, las posibilidades de impugnación en vía casacional propuestas.

La exposición detallada de la situación en la que se encuentra el arbitraje en el ordenamiento jurídico-público francés y, sobre todo, la atracción que genera la institución en el ámbito del Derecho público, desde el punto de vista doctrinal, profesional y político, permite repensar la función que este sistema de resolución de conflictos puede desempeñar en una gran nación; y, en consecuencia, invita al estudioso a hacer propuestas que se adapten al ordenamiento jurídico español.

III. El arbitraje de Derecho público en Italia

El estudio de Derecho comparado sobre la regulación del arbitraje de Derecho público en Italia resulta crucial en esta investigación, pues se trata de un país que como España, pertenece a la familia jurídica neorromanista, y con cuyo sistema jurídico existen muchos elementos en común.

Como se verá, Italia prevé expresamente en su regulación administrativa el recurso al arbitraje en determinadas cuestiones sujetas al Derecho público, circunstancia que ha provocado numerosos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la cuestión. Ello va a resultar decisivo al analizar la viabilidad del arbitraje de Derecho público en el ordenamiento jurídico español y, sobre todo, en lo que se refiere a la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho público, y es que cuando se trata estudiar las posibilidades de una determinada institución, la experiencia de un país extranjero perteneciente a la misma familia jurídica es siempre útil.

En el apartado, se abordan en primer lugar, la configuración del sistema de justicia administrativa, para una mejor comprensión de lo que vendrá a continuación; en segundo lugar, se analiza la regulación del arbitraje en el Derecho administrativo italiano y, en concreto, las cuestiones de mayor trascendencia en relación con la presente investigación; y, finalmente, se hace un resumen detallado del estudio microcomparativo.

1. El sistema de justicia administrativa italiano. Los derechos subjetivos y los intereses legítimos

Para poder entender en profundidad la regulación que sobre el arbitraje de Derecho público existe en Italia, conviene antes hacer una breve introducción al sistema de justicia administrativo italiano. A pesar de lo que a primera vista pueda parecer, el sistema de justicia administrativa italiana tiene una serie particularidades, que lo hacen especialmente complejo y que, si no se subrayan previamente, puede resultar inútil cualquier análisis sobre la regulación del arbitraje de Derecho público.

La justicia administrativa en Italia (*giustizia amministrativa*) es aquel sistema jurídico encaminado a satisfacer los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública³⁴⁰.

El sistema administrativo italiano es el resultado de la influencia que el ordenamiento jurídico administrativo francés y, en concreto, el dominante en el periodo napoleónico, tuvo sobre el Reino de *Sardegna* antes de que se produjera la unificación italiana en 1861. Como en todos los países de influencia napoleónica, en Italia caló hondo el principio de la división de poderes y, muy especialmente, la idea de que el poder judicial no podía, en modo alguno, interferir en la actividad administrativa

³⁴⁰ MIGNONE, C., *La justicia administrativa*, en FRANCO FERRARI, G., *El derecho administrativo italiano*, UNAM, Instituto de Investigaciones científicas, México, 2016.

El reino de *Sardegna* –que además de la isla que hoy recibe ese nombre, también comprendía el *Piemonte*, la *Liguria* y parte de Francia- en 1831 creó el Consejo de Estado, en el ámbito contencioso-administrativo; órgano con funciones meramente consultivas al principio y, luego, en 1859, con facultades decisorias. Ese mismo año se crearon los tribunales administrativos, órganos colegiales de competencia territorial cuyas decisiones podían ser recurridas, en apelación, ante el Consejo de Estado. Estos tribunales, sin embargo, no eran órganos judiciales, sino que formaban parte del poder ejecutivo. Por eso, su independencia fue duramente cuestionada.

El 20 de marzo de 1865, tras la unificación de Italia, y con la intención de uniformizar sistemas, se aprobó la Ley nº 2248. La norma que tenía por objeto la reorganización del sistema de justicia administrativa y, en concreto, la supresión del régimen de justicia retenida, resulta imprescindible para entender el sistema ahora vigente en la península itálica.

La Ley distinguía entre dos tipos de pretensiones, aquellas que recaían sobre derechos civiles o políticos (derechos subjetivos) y aquellas que el administrado podía ostentar frente al ejercicio, -hipotéticamente ilegítimo- de la actuación administrativa. Los primeros gozaban de tutela jurisdiccional, proporcionada por el “juez ordinario civil”; en cambio, contra los actos de la Administración sólo cabía el recurso jerárquico que se interponía ante el órgano administrativo superior a aquel responsable del acto y, en vía extraordinaria, el recurso frente al Rey. Este tipo de pretensiones quedaban, de este modo, desamparadas desde el punto de vista judicial. Estas pretensiones contra el ejercicio del poder administrativo acabaron por recibir el nombre de intereses y, todavía hoy, reciben el nombre de *intereses legítimos*.

La distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos no es trivial pues, como se va a ver, esta distinción va a definir las líneas maestras del sistema de justicia administrativa italiana, distinción que ha dado lugar a uno de los más intensos y largos debates en el seno de la doctrina italiana. No se trata aquí de entrar a analizar a fondo la cuestión, sino de exponer con la mayor claridad posible, qué es lo que

distingue a estas instituciones jurídicas y los problemas que dicha distinción plantea a los efectos de plantear el arbitraje de Derecho público.

Podría decirse que el derecho subjetivo se refiere al poder reconocido que ostentan los particulares frente a un bien, y que el interés legítimo se refiere al poder impugnatorio que ostenta el particular frente al poder ilegítimamente ejercido por el poder público³⁴¹.

Así, se entiende que los particulares y las empresas al solicitar una autorización, una licencia o una subvención o cualquier otro beneficio, incluido el empleo público y la adjudicación de contratos públicos, no ostentan un derecho subjetivo sino un interés legítimo. Sin embargo, conviene, a su vez, destacar que no siempre el derecho de propiedad y otros derechos de carácter patrimonial tienen el carácter de derechos subjetivos. Pues los mismos son considerados intereses legítimos cuando la Administración Pública tiene poder para arrebatar o limitar esos derechos³⁴².

Sin embargo, que un ámbito tan amplio como era el de los intereses legítimos no tuviera una protección jurisdiccional, provocó un aluvión de críticas en la doctrina administrativa italiana, críticas que derivaron en dos importantes leyes: la Ley nº. 599 de 1889 y la Ley nº 6837 de 1890.

³⁴¹ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “Nuevas tendencias de la justicia administrativa italiana: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos”, *Revista de Administración Pública*, nº 154, 2001 p. 510.

³⁴² COMBA, M. y CARANTA, R. *Administrative Appeals in the Italian Law: On the Brink of Extinction Or Might They Be Saved (and are They Worth Saving)?*, en DRAGOS, D. C., BOGADANA, N., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Cluj Napoca, Romania, 2014.

La Ley de 1889 creó la sección cuarta del Consejo de Estado, que se configuraba como órgano jurisdiccional capaz de anular aquellos actos administrativos que hubieran sido impugnados; y la Ley de 1890 creó las juntas provinciales administrativas, formadas por jueces, y cuyas decisiones podían ser apeladas ante el Consejo de Estado. El sistema instaurado por estas dos leyes ha sufrido algunas modificaciones desde entonces, modificaciones que conviene destacar.

Por un lado, hoy el Consejo de Estado se compone de seis salas, en lugar de cuatro. La Sala Primera y la Sala Segunda tienen carácter consultivo, mientras que las demás tienen carácter decisorio, y se dividen por materias. Por otro lado, los tribunales de primera instancia (esto es, las juntas provinciales administrativas), fueron declaradas no conformes a la Constitución, por la Corte Constitucional italiana, por no cumplir con el requisito de ser independientes del poder ejecutivo. Para paliar tal situación de inconstitucionalidad se crearon los Tribunales Administrativos Regionales (TAR), compuestos por jueces en el sentido estricto de la palabra, esto es, sometidos exclusivamente a la ley y no al poder ejecutivo. Esto se hizo por previsión constitucional³⁴³, en virtud de la Ley n° 1034 de 1971. Tras varias reformas legislativas, hoy toda la normativa básica del proceso administrativo se encuentra codificada en el *Codice del Processo Amministrativo*.

En la actualidad, el sistema italiano de justicia administrativa se divide en dos vías: la vía no jurisdiccional y la vía jurisdiccional.

Por lo que se refiere a la vía no jurisdiccional, esta viene caracterizada por las siguientes notas: la decisión corresponde a una

³⁴³ El art. 125 de la Constitución Italiana señala: “*Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione.*”

autoridad administrativa, y no a un juez; se trata de un procedimiento administrativo; y la resolución dictada tiene carácter administrativo. Entre los recursos de que goza el administrado contra los actos de la autoridad administrativa, destacan: el recurso jerárquico, el recurso atípico, el recurso de oposición y el recurso extraordinario.

En cuanto a la vía jurisdiccional, se distinguen las jurisdicciones generales (la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa) y las jurisdicciones especiales (Corte de Cuentas, Comisiones Tributarias, el Tribunal Superior de Aguas Públicas etc.)³⁴⁴

Igual que en 1865, la jurisdicción ordinaria la componen los jueces ordinarios que tutelan los derechos subjetivos lesionados por la Administración Pública. La jurisdicción administrativa, en cambio, conoce de las pretensiones sobre intereses legítimos y la componen los TAR y el Consejo de Estado, con sede en Roma³⁴⁵. Los primeros se configuran como una primera instancia y el segundo como la máxima autoridad judicial administrativa, que conoce de los recursos de apelación contra las resoluciones de los TAR, pretensiones basadas en intereses legítimos.

Sin embargo, este criterio de repartición fundado en la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos, encuentra algunas excepciones. Conviene señalar aquí, la importante novedad que se introduce en el ordenamiento italiano con la Ley n° 2840 de 30 de diciembre de 1923, la jurisdicción exclusiva del *giudice amministrativo*.

³⁴⁴ Véase SANDULLI, A., *Diritto processuale amministrativo. Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 2013.

³⁴⁵ Aunque en la región autónoma de Sicilia, el tribunal de apelación es el Consejo de Justicia Administrativa.

La doctrina italiana se refiere a los TAR y al Consejo de Estado, también como el *giudice amministrativo* para distinguirlo del *giudice ordinario*.

Esta Ley introdujo una importante novedad en el sistema de justicia administrativa, consistente en la posibilidad de que la jurisdicción administrativa conozca sobre las pretensiones basadas en derechos subjetivos sobre algunas materias taxativamente indicadas por ley, relegando así a la jurisdicción ordinaria. Lo que motivó la introducción en el sistema de la jurisdicción exclusiva fue la constatación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de que, en determinadas materias, los derechos subjetivos y los intereses legítimos se encontraban tan íntimamente relacionados, que el administrado se veía obligado a iniciar dos procedimientos, uno ante la jurisdicción ordinaria y otro ante la jurisdicción administrativa³⁴⁶. Esta novedad legislativa se recogerá posteriormente en la Constitución de la República Italiana en 1947, en el artículo 103 que establece:

*“El Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa tendrán jurisdicción para la protección frente a la Administración Pública de los intereses legítimos y, en ciertas materias que la ley indique, asimismo para la de los derechos subjetivos.”*³⁴⁷

³⁴⁶ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “Nuevas tendencias de la justicia administrativa italiana: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos”, *Revista de Administración Pública*, nº 154, 2001 p. 518.

³⁴⁷ El precepto en su versión original reza así: “*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.*”

Véase VIPIANA, P.M., “Giurisdizione amministrativa esclusiva” *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, UTET, Torino, 1991, pp. 377 y ss. Conviene señalar que los jueces administrativos no son distintos a los jueces ordinarios, simplemente tienen su propio órgano de gobierno distinto al de los jueces ordinarios.

La jurisdicción exclusiva del juez administrativo requiere aquí especial atención³⁴⁸. Durante mucho tiempo la doctrina italiana entendió que la atribución, por parte del legislador, al juez administrativo de competencia para conocer de los derechos subjetivos sobre determinadas materias previstas en la Ley³⁴⁹, estaba acumulando esos derechos subjetivos a los intereses legítimos y que en consecuencia eran inderogables e indisponibles. Sin embargo, esta concepción, como vamos a poder comprobar, será superada por la Ley n° 205, de 21 julio del 2000 (en adelante, la Ley 205/2000), que dejará clara la disponibilidad de ese tipo de derechos subjetivos, al abrirles la puerta al arbitraje.

Tras esta breve panorámica sobre la configuración del sistema de justicia administrativa en Italia, procede abordar el asunto que más propiamente interesa a esta investigación, el del arbitraje en el Derecho administrativo italiano.

2. El arbitraje en el Derecho administrativo italiano

En este apartado dedicado a Italia, en lugar de *de arbitraje administrativo* se va a hablar de *arbitraje en el Derecho administrativo*, tal y como lo denomina CASSESE.

Según el autor, la Administración Pública es un sujeto que está plenamente sometido a las normas del Derecho común, como los sujetos de Derecho privado, salvo que una ley disponga lo contrario.

³⁴⁸ Véase ROMANO, A., “Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all’ avvento della Costituzione”, *L’ evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*”, Milán, 2004.

³⁴⁹ Véanse los artículos 7 y 133 del *Codice del Processo Amministrativo*, sobre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción exclusiva.

Principio que es trasladable a la institución arbitral, de modo que en las controversias administrativas el arbitraje que rige es el regulado en el Código Procesal Civil. De ahí, que en estos supuestos se hable de *arbitraje en el derecho administrativo*. Si hubiera una ley específica que previera un arbitraje especial para las controversias administrativas, entonces (y sólo entonces, dice el autor), podría hablarse de *arbitraje de Derecho administrativo*³⁵⁰.

2.1. Ley nº 205, de 21 de julio del 2000

En Italia, el arbitraje en el Derecho administrativo aparece por primera vez contemplado en el apartado segundo del artículo 6 de la Ley 205/2000 relativo a las *Disposizioni in materia di giurisdizione*. El precepto establecía literalmente que:

“las controversias sobre derechos subjetivos atribuidas a la jurisdicción del juez administrativo pueden ser resueltas mediante arbitraje ritual de derecho.”

Este precepto de la Ley 205/2000 provocó un cambio sustancial en lo que refiere a la regulación del arbitraje en el Derecho administrativo.

Hasta ese momento, en Italia, la relación entre el arbitraje y las controversias en que una de las partes era un sujeto de Derecho público se regían por los siguientes principios:

- Admisión del recurso al arbitraje en aquellos asuntos de Derecho privado que teniendo por objeto derechos subjetivos disponibles de naturaleza patrimonial, habitualmente eran

³⁵⁰ CASSESE, S., “L’arbitrato nel diritto amministrativo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 2, 1996, p. 317.

conocidos por la *autorità giudiziaria ordinaria* (en adelante, A.G.O.).

- Prohibición, en cambio, de acceso al arbitraje de aquellos asuntos de Derecho administrativo que tuvieran por objeto situaciones jurídicas subjetivas de intereses legítimos, por tratarse de materias indisponibles³⁵¹.
- Y con independencia de la disponibilidad o no de la materia, prohibición de acceso al arbitraje a aquellas controversias que tuvieran por objeto derechos subjetivos cuya competencia estuviera atribuida al *giudice amministrativo*³⁵².

De estas dos prohibiciones se deduce el principio que hasta la Ley 205/2000 regía: la imposibilidad de someter a arbitraje cualesquiera controversias sujetas a la jurisdicción del *giudice amministrativo*, sobre la base de la indisponibilidad de la función pública, principio que venía corroborado por la doctrina jurisprudencial³⁵³.

Pero no sólo era la indisponibilidad de la función pública lo que alegaba la doctrina y la jurisprudencia para impedir el arbitraje en el Derecho administrativo. Sino que, además, la doctrina entendía que todas aquellas materias atribuidas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo eran materias que afectaban al orden público y, en consecuencia, eran inderogables. A su vez, la jurisprudencia

³⁵¹ De acuerdo con los art. 806 y 808 del *Codice di Procedura Civile*, que sólo permitan el acceso a arbitraje de aquellas materias que por su naturaleza puede ser objeto de transacción, en relación con el artículo 1966 del *Codice Civile*, en materia de derechos disponibles.

³⁵² VENEZIANO, S., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Diritto&Diritti, giugno 2001, en <http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/veneziano5.html>.

³⁵³ Corte di cassazione: Sezioni Unite, 3 dicembre 1991 n. 12966, en Foro Italiano, 1993, I, coll. 3367 e segg. con nota di richiami; 10 novembre 1994 n. 9356, en Consiglio di Stato, 1995, II, pag. 482, ed ancora sez. I, 20 maggio 1997 n. 4474.

argumentaba que el instituto arbitral se configuraba únicamente como una alternativa a la jurisdicción ordinaria, y no a la jurisdicción administrativa³⁵⁴, y configurar el arbitraje como una alternativa a esta última contravendría profundamente la relación entre jurisdicciones que quiso establecer el legislador, por lo que, en consecuencia, la cláusula compromisoria o el compromiso eventualmente estipulado deberían ser considerados irremediabilmente nulos³⁵⁵.

Igualmente, se entendía que existía un impedimento constitucional insalvable para poder admitir el arbitraje en el Derecho administrativo. El escollo se encontraba en los artículos 103 y 113 de la Constitución³⁵⁶, preceptos que atribuyen a los órganos judiciales

³⁵⁴ CAIA, G., *Arbitrati e modelli arbitrabili nel Diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*. Giuffrè, Milán, 1989, p. 201: “La giurisprudenza ha, quasi costantemente, risposto nel senso dell’impossibilità e ciò in considerazione del fatto che l’arbitrato viene costruito come método di risoluzione delle controversie in concorso alternativo con la giurisdizione ordinaria, per modo che- anche trovandosi di fronte a controversia involgenti diritti soggettivi- gli arbitri non potrebbero ritenersi competenti, essendo la cognizione relativa sottratta al giudice ordinario.”

³⁵⁵ Consiglio di Stato 4 maggio 2004, n. 2726; Corte di cassazione, sez. Un., 10 dicembre 1993, 12166, in Foro Italiano 1994, I, 2472 ss.: Consiglio di Stato 13 febbraio 1996, n.148; TAR Lazio 2 novembre 1983, n.325.

³⁵⁶ El artículo 103, en su párrafo primero establece:

“ Il Consiglio di Stato [1001] e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi .”

El artículo 113 señala:

“ Contro gli atti della pubblica amministrazione e` sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

ordinarios y administrativos la función de velar por la protección de los derechos y los intereses legítimos de los ciudadanos frente a la actividad administrativa³⁵⁷.

No obstante, gradualmente, la jurisprudencia y la doctrina italianas fueron viendo la conveniencia de admitir la institución del arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo, y fueron admitiendo la constitucionalidad del mismo. A este respecto, CASSESE recordaba, en 1996, que el ámbito de aplicación material del arbitraje no depende de la naturaleza pública o privada de la controversia, sino de la disponibilidad, por parte de la Administración Pública, del derecho. El autor afirma con contundencia que:

*“L’arbitrato è un istituto di diritto comune, che trova applicazione anche nel campo del diritto amministrativo.”*³⁵⁸

Así, empezó a entenderse que no todas las materias sometidas a la jurisdicción del juez administrativo eran indisponibles *per se*³⁵⁹.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.”

³⁵⁷ Argumento, el de la reserva jurisdiccional, igualmente argüido, como ya hemos visto en el Capítulo I de esta investigación, por los detractores de la doctrina española del arbitraje de derecho público.

³⁵⁸ CASSESE, S. “L’arbitrato nel diritto amministrativo”, *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, nº 2, 1996, p. 317 y 326.

³⁵⁹ En este sentido se pronunció AMADEI D., *L’arbitrato nel diritto amministrativo (problemi aperti e recenti pronunce)*, en CECHELLA, C, *L’arbitrato*, UTET, Turín, 2005, p. 858: “La tesi della incompromettibilità presentava il vizio di invertire l’ordine logico delle valutazioni: dalla previsione della giurisdizione esclusiva sarebbe derivata la indisponibilità, quando al contrario soltanto le norme di diritto sostanziale possono impedire la disponibilità della situazione giuridica soggettiva”

A consecuencia de este cambio gradual en la mentalidad de la jurisprudencia y de la doctrina administrativa italiana, el legislador aprobó la Ley 205/2000, que pasó a permitir el arbitraje en aquellos conflictos entre particulares y Administración Pública que tuvieran por objeto derechos subjetivos y que estuvieran atribuidos a la jurisdicción del *giudice amministrativo*. Así, la Ley vino a:

- Confirmar, lo que hasta ese momento ya estaba aceptado, y es que podrían someterse a arbitraje aquellas controversias en que la Administración actuara sometida a Derecho privado;
- Superar una de las anteriores prohibiciones, admitiendo la sumisión a arbitraje de aquellas controversias que tuvieran por objeto derechos subjetivos de los ciudadanos, cuya competencia estuviera habitualmente atribuida a la jurisdicción del juez administrativo.

Como puede apreciarse la nueva regulación en materia de arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo siguió manteniendo la imposibilidad de que pudieran someterse a arbitraje aquellos asuntos de Derecho administrativo que tuvieran por objeto situaciones jurídicas subjetivas de intereses legítimos, por tratarse de materias indisponibles de acuerdo con los artículos 806 y ss. del *Codice de Procedura Civile* y el art. 1966 del *Codice Civile*³⁶⁰.

En cuanto al sistema de arbitraje elegido por el legislador, el precepto establecía un límite claro, y es que para los derechos subjetivos sometidos a la jurisdicción del juez administrativo,

³⁶⁰ El artículo 1966 dispone:

“Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite.

La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disciplina delle parti.”

solamente es válido el arbitraje *rituale di diritto*³⁶¹. Como destaca CASSESE no sería en modo alguno posible el arbitraje *irrituale*, dado que la existencia de la cláusula compromisoria es imprescindible para poder vincular a la Administración a la decisión arbitral³⁶². Además, el arbitraje debe ser de Derecho, quedando totalmente excluida la posibilidad de un arbitraje de equidad.

El citado precepto fue recibido con optimismo por la doctrina administrativa que lo consideró un avance en lo que a la regulación del arbitraje en Derecho administrativo se refiere³⁶³. Sin embargo, en opinión de la doctrina, la Ley 205/2000 dejó algunas cuestiones sin

³⁶¹ Se denomina arbitraje *rituale di diritto* a aquel tipo de arbitraje que está regulado en los artículos 806 y siguientes del *Codice di procedura civile* y que se diferencia del arbitraje *irrituale*, en que el primero exige un cláusula compromisoria, en virtud de la cual las partes al celebrar el contrato se comprometen a acudir al arbitraje en caso de que surja alguna controversia entre ellas. Además en cuanto a los efectos que producen uno y otro tipo de arbitraje, conviene destacar que en el arbitraje ritual el laudo produce los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia judicial, mientras que en el arbitraje *irrituale*, el laudo tiene la misma validez que tiene un contrato para las partes. MARIGHETTO, A., "El nuevo marco jurídico del arbitraje en Italia", *Lima Arbitration* n° 3, 2008/2009, pp. 98 y 99.

³⁶² CASSESE, S., "L'arbitrato nel diritto amministrativo", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n° 2, 1996, p. 313: "...quello irrituale (...) non è applicabile nella pubblica amministrazione. Ciò non perché questa non possa disporre dei suoi poteri affidandoli a terzi, ma perché, nell'arbitrato irrituale, è assente lo strumento che serve a vincolare la pubblica amministrazione alla decisione arbitrale."

³⁶³ ANTONIOLI, M., *Arbitrato e Giurisdizione Esclusiva*, Giuffrè Editore, Milán, 2004; VIOLA, L., *L'arbitrato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2003; VENEZIANO, S. *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Diritto&Diritti, giugno 2001, <http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/veneziano5.html>

resolver, como es la delimitación del ámbito de aplicación objetivo, esto es, qué es lo que debe entenderse por derechos subjetivos³⁶⁴.

2.2. Ley nº 195 del 15 de noviembre del 2011

Con la intención de consolidar ese avance, el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 205/2000 fue derogado por el *decreto legislativo 2 luglio* 2010, nº 104, que vino a reproducirlo prácticamente en su totalidad en el artículo 12 del Código del Proceso Administrativo Italiano, instaurando así el arbitraje como un procedimiento real sustitutivo de la jurisdicción, y no solamente de la autoridad judicial ordinaria³⁶⁵. En 2011, con la modificación introducida por la Ley 195/2011, el artículo 12 del *Codice de Proceso Amministrativo* queda, por fin, así redactado:

*“Las controversias sobre derechos subjetivos atribuidos a la jurisdicción del juez administrativo pueden ser resueltas mediante arbitraje ritual de derecho en virtud de los artículos 806 y siguientes del código de procedimiento civil.”*³⁶⁶

³⁶⁴ VIOLA, L., *L'arbitrato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2003, pp. 76 y ss; SANDULLI, A., “L'arbitrato nel codice del processo amministrativo”, *Giornale di diritto amministrativo* 2, 2013, pp. 206 y ss.; VENEZIANO, S., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Diritto & Diritti, giugno 2001, en:

<http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/veneziano5.html>

³⁶⁵ PAJNO, A., *La giurisdizione*, en SANDULLI, A., *Diritto processuale amministrativo*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 2013.

³⁶⁶ El inciso “*ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile*” fue introducido por el art. 1, de la ley 195/2011, decreto que modifica el código del proceso administrativo, y que fue publicado en G.U.R.I. el 23 noviembre del 2011 y entró en vigor el 8 diciembre 2011.

La introducción del artículo 12 en el Código del Proceso Administrativo ha consolidado la institución del arbitraje en el ámbito del Derecho público. Procede ahora abordar sus rasgos más característicos.

Como puede deducirse, el ordenamiento jurídico italiano no dispone de una norma concreta y específica de arbitraje público, sino que se limita a remitirse al arbitraje *rituale di diritto* regulado en los artículos 806 y siguientes del código procesal civil. Así, el legislador italiano ha optado por mantener la institución del arbitraje como propia del Derecho común, *salvaguardando in modo prioritario l'unità del rito arbitrale*³⁶⁷.

De ello se desprende que el sistema de arbitraje en Derecho público es el mismo que el previsto para el de Derecho común, de modo que las normas en relación con el compromiso arbitral, la designación de los árbitros y todo lo relacionado con ellos, el procedimiento, el laudo y su impugnación, son las contenidas en el Código Procesal Civil.

Se trata, pues, de un arbitraje regido por el principio de voluntariedad, en el que la autonomía de la voluntad de las partes es determinante para la validez del acuerdo de arbitraje. Un arbitraje donde el laudo, una vez dictado tiene fuerza de cosa juzgada, y solo puede ser impugnado ante la *Corte d'Appello* por las causas formales especificadas en el art. 829 del *Codice di Procedura Civile*, sin

³⁶⁷ SANDULLI, A., "L'arbitrato nel codice del processo amministrativo", *Giornale di diritto amministrativo*, n° 2, 2013, p. 207.

No son pocos los autores que han defendido la conveniencia de un sistema específico de arbitraje administrativo. Cfr. VERDE, G., "Arbitrato e pubblica amministrazione", in *Rivista dell' Arbitrato* 2001, pp. 419 s.; LUISO, F.P., "Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudizio amministrativo", in *Rivista dell' Arbitrato*, p. 421 y ss.; ROMANO TASSONE, A., Giurisdizione Amministrativa e arbitrato, *Rivista Arbitrato dell'arbitrato*, 2000, pp. 262 y ss.

perjuicio de la previa renuncia de las partes a impugnar³⁶⁸. Las causas formales previstas por el precepto se concretan en las siguientes:

- Invalidez de la convención arbitral
- Incumplimiento de las normas legalmente establecidas en el propio Código de nombramiento de los siempre que dicha irregularidad se haya planteado en el procedimiento arbitral.
- Laudo dictado por árbitros que carecían de competencia para ello.
- Extralimitación, en relación con el compromiso arbitral, de los pronunciamientos contenidos en el laudo.
- Incumplimiento de los requisitos formales con los que debe cumplir un laudo (breve exposición de motivos, fallo y firma de los árbitros).
- Laudo dictado fuera del plazo establecido por las partes.
- Inobservancia de las normas formales pactadas por las partes y cuyo incumplimiento hubiera sido fijado específicamente como causa de nulidad.
- Laudo contrario a otro anteriormente dictado o a una sentencia firme.

³⁶⁸ El precepto continúa: “*La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo.*”

L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. E' ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.

L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa:

nelle controversie previste dall'articolo 409;

se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato.”

- Inobservancia del principio de contradicción que debe presidir todo procedimiento arbitral.
- Falta de pronunciamiento del laudo sobre el fondo de la controversia.
- Contradicción de pronunciamientos en un mismo laudo.
- Falta de pronunciamiento del laudo sobre alguna de las pretensiones deducidas por las partes.
- Finalmente, el precepto establece que será admitida en todo caso la impugnación contra el laudo contrario al orden público.

El principio de voluntariedad se deduce del propio artículo 12 que establece que las controversias relativas a derechos subjetivos atribuidas a la jurisdicción del juez administrativo *possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*. Nótese que el precepto utiliza el verbo *poder*, y no el verbo *deber*, lo cual significa que el recurso al arbitraje depende de un acto de la autonomía de la voluntad de las partes y que no constituye un instrumento obligatorio³⁶⁹.

Por ello, porque la mayoría de las cuestiones relativas al arbitraje en Derecho administrativo ya están resueltas en el Código Procesal Civil italiano, son dos las cuestiones importantes que quedan por resolver: por un lado, la delimitación de las materias que se pueden someter a arbitraje, o más concretamente qué debe entenderse comprendido en la expresión controversias sobre “*diritti soggetti devolute alla giurisdizione amministrativa*”; y la determinación de la jurisdicción competente para conocer de la impugnación del laudo.

³⁶⁹ POTO, D., “L’ arbitrato nel nuovo processo amministrativo”, <http://www.agatavvocati.it/UserFiles/File/Atti/obiettivo%20Riforma/RelPoto.pdf>

2.2.1. Ámbito de aplicación objetivo

En cuanto a las controversias relativas a *derechos subjetivos* sometidas a la jurisdicción del juez administrativo que pueden someterse a arbitraje –de acuerdo con el art. 12 del *Codice de Processo Amministrativo*–, la cuestión que aquí se plantea es qué es lo que debe entenderse comprendido en el concepto de derechos subjetivos.

La mayoría de la doctrina coincide en que podrían someterse a arbitraje las controversias relativas a posiciones subjetivas de derecho subjetivo, incluidas las relativas a los conocidos como derechos patrimoniales consecuenciales que hayan sido atribuidos a la competencia del juez administrativo³⁷⁰, quedando en todo caso excluidas las posiciones subjetivas de intereses legítimos como son las controversias relativas al resarcimiento del daño por la lesión de un interés legítimo.

Autores como POTO han querido señalar el riesgo que existe de que se dé una contradicción entre la resoluciones cuando lo relativo a la anulación de un acto administrativo se encomienda a la jurisdicción, y la cuestión relativa al resarcimiento del daño queda sometida a la decisión de un árbitro³⁷¹.

³⁷⁰ SANDULLI, A., “L’arbitrato nel codice del processo amministrativo”, *Giornale di diritto amministrativo*, n° 2, 2013, p. 208.

Por derechos patrimoniales consecuenciales se entiende en el ordenamiento jurídico italiano, aquellos derechos de carácter patrimonial que los funcionarios públicos pueden reclamar a la Administración Pública. Derechos que surgen a consecuencia de un pronunciamiento judicial de ilegitimidad de un acto, y que se caracterizan por no ser satisfechos de forma inmediata y directa como efecto de la sentencia que declara la nulidad del acto ilegítimo.

³⁷¹ POTO, D., “L’arbitrato nel nuovo processo amministrativo”, <http://www.agatavvocati.it/UserFiles/File/Atti/obiettivo%20Riforma/RelPoto.pdf>

PAJNO entiende que ese tipo de acción resarcitoria se mueve en el ámbito de los intereses legítimos, no de los derechos subjetivos, entendiendo que el deber de resarcir la lesión de un interés legítimo va incluido en el deber de tutela del interés legítimo que tiene encomendado la *giustizia amministrativa*³⁷².

En la misma dirección parece manifestarse la *Corte Costituzionale* al afirmar que la competencia del juez administrativo para conocer del resarcimiento del daño no constituye una materia *nueva* que se le ha atribuido al mismo, sino que el resarcimiento de la lesión de un interés legítimo va referida a la tutela del interés legítimo. De modo que el resarcimiento del daño al ir de la mano de un interés legítimo, aun siendo una situación subjetiva, es indisponible y, por tanto, no puede ser objeto del arbitraje³⁷³.

PAJNO encuentra especialmente interesante el contexto normativo en que se encuentra el art. 12 que aquí se está analizando. Y es que el Código del Proceso Administrativo italiano ha puesto un empeño especial por distinguir que los derechos subjetivos y los intereses legítimos requieren de una tutela distinta. Así, en su artículo 7, hace una distinción expresa entre una y otra fórmula, por lo que en

³⁷² PAJNO, A. *La giurisdizione*, en SANDULLI, A., *Diritto processuale amministrativo*, 2º ed., Milán 2013, p. 75.

En sentido contrario encontramos CUOLO, L. (ed.), BELLOTTO, G., DE SANTIS, M., PARIS, D., “Transazione e arbitrato nel diritto pubblico” *Research Unit Law and Economics Studies*, Univesità Commerciale Luigi Bocconi. Estos autores opinan que en realidad el único límite que establece el ordenamiento italiano sobre la arbitrabilidad de las controversias es el la disponibilidad del objeto. Así, en su opinión, el debate doctrinal no ha hecho sino inducir a error sobre esta realidad. De modo que todas las controversias, sin excepción, relativas a derechos subjetivos disponibles encomendadas a la jurisdicción administrativa pueden ser sometidas a arbitraje.

³⁷³ Pronunciamiento de la *Corte Costituzionale* nº 204 /2004.

este contexto no parece que tenga mucho sentido, según PAJNO que *los derechos subjetivos*- a que se refiere el artículo 12- vengan ahora a comprender en su significado las situaciones subjetivas que se derivan de intereses legítimos³⁷⁴.

2.2.2. La impugnación del laudo

En cuanto a la determinación del juez competente para conocer de la impugnación del laudo, el debate sigue abierto. Y es que al remitirse el artículo 12 del Código del Proceso Administrativo a lo dispuesto en los artículos 806 y ss. del Código del Proceso Civil, se deduce que sería la Corte de Apelación y por tanto, la jurisdicción ordinaria, la que conocería de la impugnación. Pues el Código del Proceso Administrativo no establece especialidad alguna sobre el rito arbitral en el Derecho público, siendo la intención del legislador precisamente la de mantener la institución como de Derecho común, sin que haya elementos de especialidad que interfieran.

Los recelos en cuanto a esta opción no carecen de importancia, pues ello podría suponer una eventual sustracción de la competencia al juez natural determinado por la ley. Que fuera la *Corte d'Appello* quien conociera de la impugnación del laudo podría implicar, en suma, una desviación de los principios que regulan el reparto de competencias entre el juez ordinario y el juez administrativo; pues por medio de la impugnación del laudo se estarían transfiriendo al juez ordinario, las controversias atribuidas a la jurisdicción del juez administrativo,

³⁷⁴ PAJNO, A. *La giurisdizione*, en SANDULLI, A., *Diritto processuale amministrativo*, 2ª ed., Milán 2013, pp. 75 y ss.

quedando así alterada la voluntad del legislador, por decisión de las partes³⁷⁵.

No obstante, lo que algunos autores plantean y que parecería respetar la voluntad del legislador, de que el arbitraje público se rija por las normas de Derecho común, sería que -en los casos en que ello fuera posible - la Corte de Apelación y el Consejo de Estado se repartan las competencias. La primera sería la competente para recibir la impugnación del laudo y, la jurisdicción administrativa y, en concreto, el Consejo de Estado, sería quien decidiría sobre la anulación del laudo³⁷⁶. Sin embargo, para ello sería necesario el correspondiente pronunciamiento del legislador. Sea como fuere, esa escisión o reparto no haría sino generar confusión y por introducir elementos de especialidad al rito arbitral, hecho que, *a priori*, parece contrario a la letra de la Ley.

³⁷⁵ SANDULLI, A., “L’arbitrato nel codice del processo amministrativo”, *Giornale di diritto amministrativo*, n° 2, 2013, p. 207: “L’arbitrato, in sostanza, determinerebbe una sorta di switch giurisdizionale, alterando la volontà espressa dal legislatore.”

³⁷⁶ ROMANO TASSONE, A., *L’arbitrato*, en SASSANI, B., VILLATA R., *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2011, p. 525 y ss.; VERDE, G., “Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della L. 21 luglio 2000 n. 205, art. 6)” en *Rivista dell’arbitrato*, n° 10, 2000, pp. 389 y ss.

Otros, en cambio, como DE LISE, P., “L’arbitrato nel diritto amministrativo”, *Rivista trimestrale de diritto procesuale civile*, 1990, pp. 1196 y 1197 que para defender la inadmisibilidad del arbitraje en las controversias de jurisdicción exclusiva decía que “*Ammettere un tale giudizio, infatti, significherebbe alterare il riparto tra le giurisdizioni e negare la stessa ragione dell’ esistenza del giudice amministrativo*”.

2.2.3. El arbitraje en la contratación Pública

Por su parte, en el ordenamiento jurídico italiano encontramos una remisión especial al arbitraje para uno de los sectores más importantes del ámbito administrativo: la contratación pública.

El *Codice dei Contratti Pubblici* admite en su artículo 241 la posibilidad de que las partes de un contrato público de obras, suministros, servicios etc., en caso de controversia sobre derechos subjetivos derivados de la ejecución del contrato, acudan a la institución arbitral para que sea un tribunal arbitral quien decida sobre su disputa, siempre previa autorización motivada del órgano de gobierno de la Administración contratante³⁷⁷.

Esta importante novedad encuentra su causa en la conocida *Legge Merloni*³⁷⁸ que, con sus modificaciones (*Merloni bis*, *Merloni Ter*)³⁷⁹, vino a contemplar por vez primera la posibilidad de que las controversias derivadas de la ejecución de un contrato de obras públicas pudieran someterse a la decisión de un *collegio arbitrale*.

³⁷⁷ El artículo 241.1 establece:

“1. Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli.”

³⁷⁸ Ley nº 109, de 11 de febrero de 1994.

³⁷⁹ D. L. nº 101, de 3 de abril de 1995 -“*Merloni-bis*”-; y Ley nº 425, de 18 de noviembre de 1998-“*Merloni-ter*”-.

El procedimiento arbitral se regirá por lo que establezca la norma general de arbitraje del Código del Proceso Civil, salvo en lo dispuesto en el propio Código de Contratación Pública. Así, merece aquí la pena resaltar las especialidades que aparecen en éste último.

En primer lugar, la exigencia de un acto administrativo previo, emitido por el órgano de gobierno de la administración contratante, que autorice el recurso al arbitraje, para así poder responsabilizar al mismo sobre la elección del arbitraje³⁸⁰. Autores como SANDULLI critican que dicha autorización, no hace sino complicar el acceso al arbitraje, pasando de ser uno de los posibles medios de resolución de controversias, a ser una *“hipotesi residuale ed eccezionale rispetto a quella giurisdizionale”*³⁸¹. Sea como fuere, la falta de autorización conllevará aparejada automáticamente la nulidad de la cláusula compromisoria.

En segundo lugar, el Código exige que en el anuncio de licitación venga indicado si el contrato va a contener o no una cláusula compromisoria, pudiendo el adjudicatario posteriormente recusar la cláusula compromisoria que no estuviera contenida en el contrato. Por otro lado, conviene destacar que en ningún caso podrán las partes pactar el arbitraje una vez surgida la controversia (*“è vietato in ogni caso il compromesso”*)³⁸². De modo que en este contexto, y a diferencia de lo que ocurre por norma general en Francia, está

³⁸⁰ La Ley 190/2012, de 6 de noviembre, de anticorrupción, en su artículo 1 introdujo cuatro modificaciones importantes respecto del sistema anterior recogido por la, también conocida como Ley *Merloni*.

³⁸¹ SANDULLI, A., “L’arbitrato nel codice del processo amministrativo”, *Giornale di diritto amministrativo*, n° 2, 2013, p. 210.

³⁸² Prohibición cuestionada por autores como CUOLO, L. (ed.), BELLOTTO, G., DE SANTIS, M., PARIS, D., “Transazione e arbitrato nel diritto pubblico” *Research Unit Law and Economics Studies*, Univesità Commerciale Luigi Bocconi, pp.18 y 19.

plenamente admitida la cláusula compromisoria y, en cambio, prohibido el compromiso arbitral.

De lo destacado hasta el momento y de la lectura del propio precepto se llega a la importante conclusión de que este arbitraje debe ser necesariamente voluntario. Esto no se deduce únicamente de la expresión “*possono*”, sino también de la necesidad de que en el anuncio de licitación se establezca si el contrato contendrá una “*convenzione*” arbitral o no.

En tercer lugar, el Código prevé que sea un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros quien se encargue de dirimir la disputa y de emitir el laudo. Cada parte elegirá a un árbitro y el tercero será elegido con el acuerdo de ambas partes. En el caso de que las partes no se pusiesen de acuerdo en la designación del tercer árbitro la norma prevé el arbitraje institucional, encomendando la administración del mismo a la *Camera Arbitrale per i contratti pubblici*, que estará compuesta por un Consejo arbitral y un presidente³⁸³. Los miembros del Consejo arbitral son nombrados por la *Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC) y los miembros del Consejo son los encargados de elegir al presidente.

Sobre este punto se han hecho, fundamentalmente, dos críticas. Por un lado, que estamos frente a un arbitraje obligatoriamente administrado y como tal es inconstitucional, en tanto que limitativo de la voluntad de las partes en la elección de los árbitros. Y, por otro, se

³⁸³ Artículo 241.15:

“*In caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, ad iniziativa della parte più diligente, provvede la camera arbitrale, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell’albo di cui all’articolo 242.*”

ha cuestionado la imparcialidad de la ANAC y por ende la del árbitro por ella escogido³⁸⁴.

En cuanto a la primera de las críticas, ha quedado aclarado que en modo alguno se está limitando la autonomía de la voluntad de las partes, pues sólo en el caso de que las mismas no se pongan de acuerdo en la elección del tercer árbitro, entonces entrará en juego el arbitraje *amministrato*. En efecto, esta previsión legal no tiene sino por objeto garantizar la efectividad de la cláusula arbitral³⁸⁵.

La imparcialidad e independencia de la Cámara Arbitral fue duramente cuestionada por la doctrina, por entender que el organismo que los nombraba, antes la *Autorità de Vigilanza* y ahora la ANAC, era una autoridad administrativa y como tal tenía encomendada la protección del interés público. De modo que aparentemente el tercer árbitro, elegido por la ANAC, velaría por el interés público, por el mismo interés que tenía una de las partes de la controversia, esto es, la Administración³⁸⁶. Sin embargo, la ANAC es una autoridad administrativa independiente y como tal está llamada a operar con

³⁸⁴ LUIISO, F.P., “La Camera arbitrale per i lavori pubblici”, *Rivista dell’arbitrato*, nº 10, 2000.

³⁸⁵ CUOLO, L. (ed.), BELLOTTO, G., DE SANTIS, M., PARIS, D., “Transazione e arbitrato nel diritto pubblico” *Research Unit Law and Economics Studies*, Univesità Commerciale Luigi Bocconi, p. 23: “In realtà però il legislatore non limita la volontà delle parti poiché non sottrae loro la possibilità di nominare il terzo arbitro ma si limita a prevedere un meccanismo in grado di garantire l’operatività, quindi l’efficacia, della convenzione arbitrale, non molto diversamente da quando accade nell’arbitrato di diritto comune con l’art. 810 c.p.c. in forza del quale interviene, per la stessa ragione e con medesimi poteri il presidente del tribunale. Porva ne sia vje la maggioorapрте dei regolamenti arbitrali (...) prevedono l’intervento dell’istituzione in fase di costituzione del tribunale arbitrale.”

³⁸⁶ LUIISO, F.P., “La Camera arbitrale per i lavori pubblici”, *Rivista dell’arbitrato*, nº 10, 2000, p.423; y “Il Consiglio di Stato interviene sull’arbitrato per i lavori pubblici”, *Rivista dell’arbitrato*, nº13, 2003, p. 756.

plena autonomía respecto de las operaciones del ejecutivo y de los órganos de la Administración³⁸⁷. Por otro lado, no puede deducirse que los intereses de la ANAC y de la parte pública contratante coincidan, pues mientras la primera busca velar por la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral, la segunda solo busca obtener un laudo favorable a sus intereses³⁸⁸.

Por último, el laudo deviene eficaz en el mismo momento en que el mismo se deposita en la Cámara Arbitral, de acuerdo con el apartado 9 del artículo 241 del *Codice dei Contratti Pubblici*.

Para todas las demás cuestiones relativas al procedimiento arbitral en el ámbito de la contratación pública, se estará a lo establecido el Código del proceso civil italiano.

3. Conclusión

Como ha podido apreciarse, el legislador italiano tiene una firme voluntad de abrir el arbitraje al ámbito del Derecho administrativo. Son pasos importantes y decisivos los que se han dado en la península itálica, pasos que obligan a nuestro ordenamiento a replantearse la cuestión del arbitraje de Derecho público.

Todas las cuestiones resaltadas sobre el arbitraje público en el ordenamiento jurídico italiano merecerían un estudio más detallado; no obstante, no es ese el objeto de esta investigación, por ello se van a subrayar aquí las cuestiones que más interés despiertan en este estudio.

³⁸⁷ Corte Costituzionale, 7 de noviembre de 1995, n. 482.

³⁸⁸ ODORISIO, E., “Arbitrato rituale e *labori pubblici*”, Giuffrè Editore, Università di Macerata, Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, 2011, p. 581.

En primer lugar, aparece como característica esencial a la regulación del arbitraje público la nota de la voluntariedad. No existe, por el momento, en Italia un precepto legal que obligue a la Administración a acudir al arbitraje para la resolución de sus disputas, sino que se mantiene el principio de voluntad de las partes, en la misma forma que se articula para el arbitraje privado.

En segundo lugar, llama la atención que el legislador italiano haya querido mantener la misma regulación para el arbitraje de Derecho público que la prevista para el arbitraje de Derecho privado, tratando de evitar la introducción de especialidades en el rito. La remisión que hace el Código del Proceso Administrativo a la regulación sobre el arbitraje contenida en el Código del Proceso Civil resulta muy reveladora. A primera vista, puede parecer que se trata únicamente de una opción de economía legislativa, no obstante, esa opción del legislador significa mucho más. Y es que, en realidad, si lo que estuviera en juego en el arbitraje propuesto por el artículo 12 del *Codice del Processo Amministrativo*, fuera el interés público, no cabe duda de que el legislador se hubiera visto obligado a introducir especialidades de rito en aras de la protección de dicho interés. No obstante, cuando se permite la sumisión al arbitraje de derechos subjetivos atribuidos a la jurisdicción del juez administrativo, lo que ello significa es que ahí no está en juego el interés general, o al menos no tan directamente, sino que lo que ahí está en juego son, sobre todo, los derechos de los particulares. Y en esos casos, velar por el interés particular, resulta ser el interés de la comunidad, el interés general.

Ello resulta especialmente interesante de cara al presente estudio y a la arbitrabilidad de las cuestiones administrativas en el ordenamiento jurídico español, cuando se analiza desde la perspectiva del estudio del derecho comparado, pues lleva a pensar que no necesariamente todas las cuestiones sometidas a la jurisdicción administrativa son propiamente materias en que está involucrado el interés público o que no está presente en todas las cuestiones con el mismo protagonismo.

Esta nota lleva necesariamente al planteamiento de una importante cuestión: la distinción que entre los derechos subjetivos y los intereses legítimos existe en Italia, y que es la base de la distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa. ¿Podría optarse por esta regulación en nuestro ordenamiento? Esto es, ¿podría distinguirse en nuestro ordenamiento jurídico entre las pretensiones de interés legítimos y las pretensiones de derechos subjetivos, a la hora de delimitar el ámbito de aplicación material de una eventual ley de arbitraje de Derecho público? Esta importante cuestión se abordará con detalle en el capítulo V de esta tesis y las conclusiones a las que se llegue van a resultar determinantes.

En tercer lugar, otra de las notas a destacar sobre el artículo 12 del Código del Proceso Administrativo, es que el legislador, aun remitiéndose a la regulación de Derecho común, deja claro que solo es posible el arbitraje ritual de Derecho, descartando por tanto el arbitraje *irritual* y el arbitraje de equidad. Se apuesta, de esta forma, por el arbitraje cuyo laudo pone fin al procedimiento produciendo efectos de cosa juzgada, con todas las consecuencias que ello conlleva. Con la opción por el arbitraje de Derecho, el legislador da a entender que los derechos subjetivos de que conocería la jurisdicción administrativa tienen un carácter especialmente sensible y, como tales, deben estar sometidos a Derecho, sin correr los riesgos que inevitablemente van aparejados a la equidad.

Como consecuencia de lo anterior, aparece el requisito de la cláusula compromisoria para que las partes puedan acudir al arbitraje ritual. Así, se aprecia que lo que en Francia se rechaza *a priori*, salvo algunas excepciones, en Italia se acepta como *conditio sine qua non* para que la Administración Pública pueda acudir al arbitraje.

Finalmente, la regulación que hace el Código de los Contratos Públicos sobre el arbitraje se parece en mucho a la que se puede encontrar en el ordenamiento jurídico español (art. 50 TRLCSP). Así, se deja abierta la vía arbitral para las controversias sobre derechos subjetivos que se deriven de la ejecución de los contratos públicos y se

exige la autorización previa y motivada del órgano de gobierno de la Administración contratante.

El arbitraje de Derecho público aunque abordado por el legislador y la doctrina italiana, necesita, sin embargo, de un mayor tratamiento y estudio. En efecto, como se ha tratado de plasmar en este apartado, cuestiones tan trascendentes como las del ámbito de aplicación objetivo y a quién corresponde la competencia jurisdiccional para conocer de la impugnación del laudo, están a día de hoy sin resolver, y la discusión doctrinal sigue muy viva. Ello pone de relieve que no ha debido de tener una gran aplicación práctica, pues en caso contrario existiría jurisprudencia sobre dichas cuestiones, y no es el caso.

PARTE II

CAPÍTULO V. El objeto del arbitraje de Derecho público

1. Introducción

Como resulta de lo que precede la cuestión del arbitraje de Derecho público es problemática, por cuanto supone confiar a la decisión de unos particulares la resolución de una controversia cuando la normativa a aplicar es de Derecho público que, como tal, está pensado para la protección del interés general.

Así, superada en los términos que se han visto en el capítulo II la cuestión doctrinal de la constitucionalidad del arbitraje de Derecho público, pendiente ciertamente de confirmación por el Tribunal Constitucional, conviene ahora concretar cuáles son las controversias de Derecho público susceptibles de ser sometidas a arbitraje.

Para ello se va a abordar, en primer lugar, el estudio de las distintas posturas doctrinales, después, se anunciará la postura propuesta y, por último, se entrará de lleno en la argumentación que sostiene dicha postura, dividiendo dicha argumentación en dos grandes bloques: uno, primero, que analiza la arbitrabilidad desde el Derecho privado, y otro, segundo, que aborda dicho análisis desde el Derecho público.³⁸⁹

³⁸⁹ El estudio sobre la institución arbitral, la legislación administrativa vigente y el derecho comparado, han iluminado en buena parte la cuestión de la arbitrabilidad. Así pues, se va a tratar de despejar aquí cuál es el denominador común no solo a lo

Pero antes debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el arbitraje, como la autoridad, no se impone, sino que se reconoce; y después, que sin una cultura arbitral difícilmente cabe esperar un resultado exitoso del arbitraje de Derecho público, por muy posible que sea desde el punto de vista constitucional y jurídico.

2. Posicionamientos doctrinales

Como ha podido apreciarse a lo largo de los capítulos precedentes, muchos autores se han pronunciado a favor de la admisibilidad del arbitraje de Derecho público, y la mayor parte ha tomado posición en lo que se podría definir como una de las cuestiones cruciales sobre la materia, a saber: la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho público.

Las posturas doctrinales pueden clasificarse en dos grandes grupos: por un lado, los autores que defienden una lista cerrada de materias y, por otro, los que proponen un criterio general, en la misma línea que la Ley de Arbitraje (art. 2.1 LA)³⁹⁰. En este apartado se van

previsto por el legislador, también a las listas de materias arbitrables propuestas por los autores. Se va a tratar de despejar qué criterio común late detrás de las distintas propuestas.

³⁹⁰ El art. 2 LA que fija como criterio: la libre disponibilidad conforme a Derecho de las materias sobre las que versen las controversias. En concreto el precepto establece:

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

2. 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.

a sistematizar y describir las distintas posturas y se irán planteando las preguntas que plantean; para en los apartados siguientes ir dando respuesta a esas preguntas.

2.1. Lista cerrada de materias arbitrables

La mayor parte de los autores se han pronunciado a favor de que una eventual Ley de Arbitraje de Derecho Público recoja una lista cerrada de *materias*³⁹¹ susceptibles de arbitraje. Opción, por la que también se decantó el Borrador de Anteproyecto de Ley de 21 de diciembre de 2001³⁹².

³⁹¹ El término *materia* aparece en cursiva, porque no se considera del todo preciso y acertado el uso al hablar de disponibilidad, tal y como se explica en el apartado 3.1.1.1. Pero se utiliza en estos apartados preliminares, porque es el término utilizado por la Ley y los autores que se han pronunciado sobre la arbitrabilidad.

³⁹² El artículo 3 del Borrador de Anteproyecto de Ley de 21 de diciembre de 2001 establecía: *Materias susceptibles de arbitraje.*

1. Únicamente podrán someterse a arbitraje la solución de conflictos administrativos que se susciten en relación con:

La ejecución e interpretación de los contratos de las Administraciones Públicas sometidos al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

La aplicación de los convenios celebrados entre las Administraciones Públicas y personas privadas, físicas o jurídicas, excluidos del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de conformidad con su artículo 3.

La determinación de la cuantía de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo.

Entre los autores que plantean un listado tasado de *materias* que podrían someterse a arbitraje destacan: AROZAMENA LASO, FERNÁNDEZ MONTALVO, GARCÍA PÉREZ, MARESCA CABOT, MARESCA LASA, MERINO MERCHÁN, PÉREZ MORENO³⁹³, ROSA MORENO, TESO GAMELLA, TORNOS MAS, TRAYTER JIMÉNEZ.

Cualquier actuación que ponga fin a un procedimiento administrativo que, conforme a su normativa reguladora, pueda finalizar mediante un convenio con los interesados en las condiciones previstas en el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, con independencia de que se produzca o no la terminación convencional.

³⁹³ PÉREZ MORENO, uno de los autores que hace una relación más detallada de las materias susceptibles de arbitraje, propone un artículo sobre el ámbito de aplicación material en sentido positivo y en sentido negativo:

“Materias susceptibles de procedimientos alternativos de resolución de impugnaciones:

1. Quedarán en todo caso excluidos de la aplicación de procedimientos de resolución alternativa las reclamaciones, controversias o conflictos que versen sobre las siguientes materias:

Infracciones de derechos fundamentales.

Reconocimiento, modificación o extinción de la titularidad o del ejercicio de potestades administrativas.

Control de las decisiones administrativas unilaterales sobre valoración directa del interés general.

Ejercicio de la potestad sancionadora.

Ejercicio directo de funciones de autoridad.

2. Podrán ser sometidos a los procedimientos alternativos a los recursos administrativos las reclamaciones, controversias o conflictos sobre actuaciones administrativas que, no estando incursos en las exclusiones establecidas en el párrafo anterior, versen sobre las siguientes materias:

Las susceptibles de transacción.

Las causas que empujaron a la doctrina mayoritaria a optar por el criterio de una lista cerrada son, fundamentalmente, dos. Por un lado, las dudas que en torno a la protección del interés público surgen en muchas *materias* y, por otro, la concepción del arbitraje como una transacción donde las partes disponen libremente de la *materia* y ceden a un tercero la posibilidad de sustituir su voluntad³⁹⁴.

Así, tras esas dudas laten criterios de prudencia y realismo nada desdeñables, si se tiene en cuenta que lo que podría estar en juego es el interés general. Así lo reconoce MARESCA CABOT al tratar la cuestión:

“...hemos de ser prudentes y muy realistas. En un país como el nuestro cuya cultura jurídica pública, si no ha rechazado radicalmente, sí ha visto con enorme prevención la arbitrabilidad de los temas de Derecho Público y Derecho Administrativo, no hemos de intentar efectuar una revolución

La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.

La determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminados.

La interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales.

La concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de la legislación de urbanismo, protección de medio ambiente, ordenación del territorio y, en general, en todas las modalidades de planificación sectorial.

Las demás que establezcan las normas legales.” (...);

en “El arbitraje Administrativo”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 43, p. 298.

³⁹⁴ Tal y se va a analizar en las próximas páginas, esta relación entre la arbitrabilidad y la transacción trae causa de la concepción civilista del concepto de disponibilidad.

copernicana de la noche a la mañana. Vayamos con cautela y propugnemos la arbitrabilidad de los temas fundamentales."³⁹⁵

El esfuerzo que ha hecho la doctrina en este sentido es muy loable y merece ser analizado en detalle. Pero, como se verá, no existe entre los citados autores unanimidad de criterios, pues lo que para algunos es, sin lugar a dudas, susceptible de arbitraje, para otros, no lo es tanto.

Por lo que se refiere a las *materias* en las que prácticamente todos los autores admiten pacíficamente el uso de la técnica arbitral, estas se pueden resumir en las siguientes:

- La actividad de la Administración Pública cuando esta actúa sujeta al Derecho privado.
- La actividad convencional de la Administración (contratos públicos, convenios urbanísticos, convenios expropiatorios, convenios colectivos, convenios entre las Administraciones Públicas, etc.)
- Las reclamaciones de cantidad en materia de responsabilidad patrimonial y expropiación forzosa.
- Los asuntos de carácter patrimonial, en general.
- La fijación de conceptos fácticos legalmente indeterminados.
- En general, todos los ámbitos de discrecionalidad administrativa³⁹⁶.

³⁹⁵ MARESCA CABOT, J. C., "El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común", Tribunal Arbitral de Barcelona, nº 6, 1995, p. 31.

³⁹⁶ GRANADO HIJELMO, I., es uno de los autores que defiende la idoneidad de la actividad discrecional de la Administración Pública para ser sometida a arbitraje, en "El Arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, 2005, p. 53.

- Las demás que se establezcan en las leyes.

En cuanto a las *materias* que deben quedar excluidas del arbitraje de Derecho público, la mayoría de los autores coinciden en las siguientes:

- La actividad unilateral de la Administración Pública.
- Las potestades administrativas.
- Los actos reglados de la administración o en el ejercicio de potestades discrecionales, los aspectos reglados de las mismas³⁹⁷.
- Los asuntos de policía, soberanía, imperio o giro o tráfico de la Administración Pública.

Así, por ejemplo, MARESCA LASA, A., *El arbitraje administrativo*, UB, Barcelona 2005, p. 473, defiende la arbitrabilidad de la actividad convencional de la Administración Pública en relación a las fases de ejecución, extinción y resolución de los contratos y convenios administrativos, esto es, en relación a las fases en que la Administración ejerce su potestad discrecional, excluyendo así del arbitraje, las fases de carácter reglado. En concreto, la autora enuncia, entre otros, como arbitrables los conflictos surgidos en:

La ejecución, interpretación, extinción y resolución de los contratos administrativos (típicos y especiales) sometidos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

La ejecución, interpretación, extinción y resolución de los convenios celebrados entre las Administraciones Públicas y personas privadas, de conformidad a la legislación sectorial (convenios urbanísticos, expropiatorios, ambientales, función pública, conciertos sanitarios...)

La ejecución, interpretación, extinción y resolución de los convenios celebrados en la relación de servicio de la función pública.

³⁹⁷ GRANADO HIJELMO, I., “El Arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, 2005, p. 53.

Conviene, ahora, detenerse brevemente en algunas de las materias relacionadas, para un mejor análisis de la cuestión.

2.1.1. Las cuestiones susceptibles de arbitraje según la doctrina mayoritaria

En relación con las cuestiones mayoritariamente admitidas por la doctrina como arbitrables, merecen especial atención tres de ellas: la actividad privada del sector público, su actividad convencional y la actividad discrecional.

La lectura resumida de las posturas de los distintos autores puede resultar confusa al lector, por ello merece la pena anunciar aquí, que el análisis de las mismas y sus causas se llevará a cabo a partir de apartado 2.3 en adelante. No obstante, vale la pena adelantar, aquí, que la confusión viene provocada por la falta de acuerdo en torno al término *disponibilidad* en el ámbito del Derecho público.

En primer lugar, en relación con la arbitrabilidad de la actividad del sector público sometida al Derecho Privado³⁹⁸ no surgen dudas al respecto pues, de hecho, ese tipo de actividad se encuentra ya comprendida en el ámbito de aplicación material de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

La razón es que en esos supuestos la Administración actúa como un particular más en sus relaciones, despojada de todas las prerrogativas y condicionamientos que le proporciona e impone el

³⁹⁸ Entre otros, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997, p. 97; FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; TESO GAMELLA, P.; AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de una alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo Vol. II*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2004, p.108.

Derecho Público³⁹⁹. En esos supuestos, no se estaría, en consecuencia, frente a un arbitraje de Derecho público *strictu sensu*, pues lo determinante aquí es el Derecho que debe aplicarse, no la condición pública o privada de las partes.

De hecho, el legislador, como ya ha habido ocasión de analizar, ha admitido plenamente la técnica arbitral en estos supuestos, a través del TRLCSP. El artículo 50 de esta norma prevé expresamente que puedan someterse a la Ley de Arbitraje los conflictos que puedan surgir en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de aquellos contratos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.

En segundo lugar, la arbitrabilidad de la actividad convencional de la Administración, por su parte, no ha suscitado grandes dudas, entre la doctrina. Algunos autores enfocan la argumentación desde la perspectiva de la disponibilidad, entendiendo por tal la capacidad para transigir sobre determinadas *materias*. En este sentido, autores como ROSA MORENO y TRAYTER JIMÉNEZ defienden la arbitrabilidad de este tipo de *materias* en base a que las mismas tienen un carácter disponible, debido a que el acuerdo de voluntades está en la raíz de estas *materias*⁴⁰⁰. TORNOS MAS considera arbitrable la actividad

³⁹⁹ Esta opinión ya la manifestó en 1995 el profesor TORNOS MAS, J. “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura”, *Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995, p. 21.

⁴⁰⁰ ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p.108; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 143. Mayo-Agosto 1997, p. 95, dice expresamente que: “el hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje será el de los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración (...)” y entre ellos destaca: “ a) Los contratos administrativos típicos, b) Los contratos administrativos atípicos, c) Los contratos privados de la Administración, d) Los

convencional de la Administración porque asume que en esos casos el árbitro no está enjuiciando un acto administrativo, sino una relación jurídica bilateral, en que la Administración es parte⁴⁰¹. MARESCA CABOT, por su lado, defiende la arbitrabilidad de la actividad convencional de la Administración, argumentando que las normas a

convenios entre Administraciones Públicas, e) Los convenios colectivos en la función pública, f) Los convenios urbanísticos, g) Los convenios expropiatorios, h) El acuerdo indemnizatorio como finalización del procedimiento de determinación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, i) La terminación convencional en materia sancionatoria, j) LA concesión de ayudas y subvenciones públicas, k) La terminación convencional de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, l) (...) los conciertos educativos y sanitarios, las reclamaciones y convenios tributarios (...)

Contrario a esta concepción, de que el acuerdo de voluntades está en la raíz de la actividad convencional de la Administración se muestra MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la directiva comunitaria de recursos”, *Revista de Administración Pública*, nº 185, 2011, p. 325: “Los contratos que constituye la Administración con sujetos (privados o públicos) que se encuentran bajo su supremacía –directa o indirecta- antes del contrato y en relación con el objeto de éste, titulares, a la vez, de indudables derechos a ser parte en tales contratos bajo el principio de igualdad (modulado por la capacidad operativa y la calidad de las condiciones prestacionales que ofrezcan), se constituyen realmente, y sólo deben poder constituirse, por la unilateral voluntad de la Administración contratante, quien, en ejercicio de su potestad de distribución de los recursos y medios cuya gestión se le ha encomendado para el mejor servicio de determinados fines públicos, selecciona por el debido procedimiento y conforme a criterios legales, de entre los que lo soliciten con las correspondientes proposiciones, al que pueda objetivamente tenerse por más idóneo y ofrezca los mejores elementos objetivos para complementar el objeto y contenido del contrato a que se refieren las bases fijadas por la misma Administración.”

⁴⁰¹ TORNOS MAS, J. “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura”, *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995, p. 22.

aplicar en estos supuestos no son de *ius cogens* y, por tanto, el Derecho a aplicar por las partes es plenamente disponible⁴⁰².

Dentro del ámbito de la actividad convencional podrían añadirse, las reclamaciones de cantidad en materia de responsabilidad patrimonial y expropiación forzosa, por ser en realidad, materias que están abiertas al acuerdo entre las partes, aun cuando en rigor no se las pueda calificar de consensuales. Así, a *priori*, no parece que haya ninguna causa objetiva que pueda impedir el acceso al arbitraje de estos asuntos, pues lo que existe, en esas situaciones, es una yuxtaposición de intereses intersubjetivos, la Administración, por un lado, y el administrado, por otro, situación en que la legislación otorga a la Administración la facultad de llegar a un acuerdo sobre la determinación de la cuantía a pagar⁴⁰³.

Finalmente, en relación con la actividad discrecional de la Administración la mayoría de autores coinciden en señalarla como la actividad idónea para el arbitraje de Derecho público, pues se trata de un tipo de actividad en que la Administración goza, por ley, de una

⁴⁰² MARESCA CABOT, J., “El arbitraje en la Ley del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común”, *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995, p. 31: “*En principio, y salvadas las cuestiones materiales objetivas que haya que salvar, nada parece impedir que en esos convenios se contenga un convenio arbitral que permita acudir a la fórmula del arbitraje, justamente porque estamos ante una actividad convencional de la Administración Pública y no ante una actividad imperativa de derecho necesario no disponible que en principio parece que encierra algunas dificultades para su arbitrabilidad.*”

Esta afirmación no puede considerarse acertada, pues es precisamente el TRLCSP una ley cada vez más prolija e imperativa, como lo es el resto de legislación aplicable a la actividad convencional.

⁴⁰³ TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº. 143, pp. 99 y ss.

gran autonomía y poder negocial, lo que, según buena parte de los autores, pondría de manifiesto el carácter disponible de la misma⁴⁰⁴.

Del análisis de estos razonamientos y exposiciones se deduce, no obstante, la falta de claridad que existe entre la doctrina en torno a lo que debe entenderse por *materia disponible*. En este sentido surgen varias preguntas: ¿es que la disponibilidad de una materia viene determinada por la capacidad para transigir que sobre ella tienen las partes?, ¿es la relación de bilateralidad lo que convierte a una materia en disponible?, ¿o lo determinante es el carácter imperativo de la norma?, ¿o lo son las materias susceptibles de disposición? Estas preguntas, no hacen sino evidenciar la falta de consenso doctrinal en torno al concepto de *disponibilidad*, por lo que en los próximos apartados se va tratar la cuestión en profundidad para intentar dar respuesta a estas preguntas.

⁴⁰⁴ ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1996; TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº. 143, pp. 99 y ss., se pronuncia en contra de que los actividad reglada de la Administración pueda someterse al arbitraje; MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a, *Tratado de Derecho Arbitral*, Civitas, Cizur Menor, 2014; FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P., AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de una alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo, Vol. II*, CGPJ, Madrid, 2004.

Sobre la *disponibilidad* de la actividad discrecional de la Administración, se tratará en los siguientes apartado. No obstante, recuérdese aquí, que la actividad discrecional de la Administración está siempre siempre está condicionada por el interés general.

2.1.2. Las cuestiones no susceptibles de arbitraje según la doctrina mayoritaria

Las cuestiones que la doctrina mayoritaria ha coincidido en subrayar como no arbitrables son: la actividad unilateral de la Administración Pública, las potestades públicas, y los actos reglados.

En primer lugar, en cuanto a la actividad unilateral, si bien la mayor parte de los autores coinciden en destacar la no arbitrabilidad de la actividad unilateral de la Administración Pública, en cambio, los razonamientos vertidos por los distintos autores para hacer dicha afirmación resultan poco convincentes desde el punto de vista jurídico.

Así, por ejemplo, TORNOS MAS se limita a decir que “*no puede ser*”, sin explicar las razones que le llevan a hacer tal afirmación. La Administración -afirma el autor- no puede *renunciar a fijar el interés general y no puede remitir a un tercero la solución del conflicto*”,⁴⁰⁵. La pregunta que aparece inmediatamente es la siguiente: ¿estaría realmente la Administración renunciando a la fijación del interés general, al someter la impugnación de un acto unilateral a la decisión de un árbitro?

⁴⁰⁵ TORNOS MAS, J. “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura”, *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995, pp. 21 y 22: “...creo que cuando la Administración ejecuta potestades y en ejercicio de las mismas dicta actos unilaterales, por lo tanto actos dictados de imperio, actos ejecutivos, en estos supuestos la Administración no puede renunciar a fijar el interés general y no puede remitir a un tercero la solución del conflicto que pueda suscitarse sobre la interpretación, la validez o no de este acto administrativo unilateral. Si se impugna un acto administrativo unilateral, deberá resolver en primera instancia la Administración si hay recurso administrativo y, en segunda instancia, el órgano jurisdiccional”

Aunando las potestades administrativas, los actos reglados y los actos unilaterales de la Administración, CORTADA ESTEVE subraya la imposibilidad de utilizar la técnica arbitral sobre dichas cuestiones, alegando, exactamente, lo mismo que TORNOS MAS, esto es: la imposibilidad de que la Administración renuncie a defender el interés general, en base a la doctrina de los actos separables. Así, CORTADA ESTEVE argumenta que los actos separables no pueden someterse a arbitraje, pues la Administración no puede renunciar:

“a fijar el interés general ni en la actividad preparatoria ni cuando ejecuta potestades administrativas –que en el ejercicio de las mismas dicta actos unilaterales, actos dotados de imperio o ejecutivos-.”

Y seguidamente concluye,

*“por tanto, no serán arbitrables los conflictos que puedan surgir de la interpretación, ni de la validez o no de estos actos (...)”*⁴⁰⁶

Al mismo tiempo, MERINO MERCHÁN declara expresamente como límite de la actividad arbitrable de Derecho público la indisponibilidad de los actos reglados y de las potestades públicas, ambos claramente *irrenunciables*⁴⁰⁷, según el autor.

⁴⁰⁶ CORTADA ESTEVE, M., “El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 51, 1998, pp. 258 y 259. TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de administración Pública*, nº 143, Madrid, 1997, p. 95: También descarta la posibilidad de que se sometan a arbitraje los actividad reglada de la Administración: “(...) no podrá nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales (...) es sus aspectos también reglados”

⁴⁰⁷ MERINO MERCHÁN, J. F., *El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2002, p. 114.

Tras analizar los razonamientos de TORNOS MAS, CORTADA ESTEVE y MERINO MERCHÁN, las dudas surgen en torno a la relación existente entre los conceptos de arbitrabilidad y renunciabilidad. Así, parece que el concepto de disponibilidad está estrechamente relacionado con el de renunciabilidad y éste, a su vez, con el de arbitrabilidad ¿Debe entenderse, entonces, que cuando alguien somete a arbitraje una controversia está renunciando a la determinación del contenido de la misma y otorgando esa función a un tercero?, ¿estaría verdaderamente la Administración renunciando a su deber de *servir con objetividad a los intereses generales* en caso de que una de las materias de Derecho público fuera sometida a arbitraje?, en definitiva ¿qué es lo disponible y qué es lo arbitrable?

Finalmente, en relación con la actividad reglada de la Administración, es mayoritaria la doctrina que descarta la posibilidad de que la misma pueda someterse a arbitraje. Conviene destacar, además, que, en general, los autores que admiten la arbitrabilidad de la actividad discrecional de la Administración son los mismos que rechazan la arbitrabilidad de la actividad reglada.

Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA, AROZAMENA LASO se han manifestado contrarios a que las *materias* estrictamente regladas relativas al ejercicio unilateral de potestades administrativas puedan someterse a arbitraje, arguyendo el carácter indisponible de dichas materias, pues en ellas:

*“no es posible una determinación convencional del contenido del acto de la Administración”*⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; TESO GAMELLA, P.; AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de una alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Vol. II, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2004, p.110.

En el mismo sentido GRANADO HIJELMO destaca que el arbitraje sólo será admisible cuando:

*“se refiera sólo a determinados sectores especiales relativos a materias o aspectos susceptibles de transacción, es decir, más o menos, disponibles, pero nunca asuntos reglados.”*⁴⁰⁹

Aquí vuelven, pues, a surgir dudas sobre lo que debe entenderse por disponibilidad, pues de las palabras de los citados autores, y en concreto de las de GRANADO HIJELMO, se deduce que el carácter arbitrable de una *materia* coincide con la idoneidad de la misma para ser sometida a transacción, como si el objeto del arbitraje y la transacción tuviera que ser el mismo.

2.2. Criterio general para la determinación de cuestiones arbitrables

Entre los autores que proponen una formulación conceptual de las *materias* arbitrables destacan LÓPEZ MENUDO, BUSTILLO BOLADO y FERRET JACAS. Todos estos autores plantean la necesidad de que el legislador establezca un criterio unívoco que defina, en líneas generales, el territorio idóneo para la técnica arbitral.

LÓPEZ MENUDO, aunque manifiesta su desagrado por la figura del arbitraje de Derecho público⁴¹⁰, plantea la necesidad de que

⁴⁰⁹ GRANADO HIJELMO, I., “El Arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, 2005, p. 53

⁴¹⁰ “Sería del todo punto deseable que el éxito de la Reforma (de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) hiciera muy pronto pasar de moda esta cierta calentura por un Arbitraje sustitutivo del juez, y que un trabajo como el presente llegue a ser considerado en el futuro como lo que quizás sea ahora mismo:

el legislador señale un criterio general que defina qué es lo que debe entenderse por *materia indisponible* para el arbitraje de Derecho público. Así, el autor rechaza la vía casuística utilizada por la mayoría de la doctrina. Y es que el autor considera que es erróneo trasladar al ámbito del Derecho público el concepto de indisponibilidad iusprivatista. Según el autor, la doctrina civilista entiende que lo disponible es aquello sobre lo que se puede transigir, y ello lleva a excluir del arbitraje todas aquellas materias de orden público, así denominadas por tratarse de materias reguladas por normas imperativas. Y llega a la conclusión de que:

“ocioso es decir que desde esa concepción de orden público quedarían vaciadas todas las posibilidades del Arbitraje para el Derecho Administrativo, caracterizado precisamente por su riqueza en normas de derecho necesario.”⁴¹¹

LOPEZ MENUDO señala un presupuesto fundamental para poder establecer un criterio de indisponibilidad. El autor dice que en el ámbito de Derecho público no cabe la idea iusprivatista que equipara arbitraje y transacción. Afirma que no todo lo que está excluido de la transacción debe estar necesariamente excluido del arbitraje pues, de hecho, en el arbitraje la Administración no está cediendo, ni allanándose, ni tolerando, ni abandonando el cumplimiento de una

algo para olvidar; un conjunto de reflexiones raras sin utilidad alguna”. LOPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 2., 1999, p.21.

⁴¹¹ LÓPEZ MENUDO, “Arbitraje y Derecho Público” *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 2, 1999, p. 18.

Sobre esta cuestión se ahondará en el apartado 4.1.1 de este capítulo V.

norma imperativa, sino que lo único que está haciendo es someter a un árbitro una controversia para que decida conforme a Derecho⁴¹².

Una vez fijado este presupuesto, el autor añade la idea de que la determinación del criterio que marque la indisponibilidad de la *materia* es una cuestión de política legislativa; de ahí que todos sus esfuerzos se encuentren orientados a mostrar al legislador una escala de posibilidades, ordenadas de mayor a menor amplitud a favor del arbitraje. Así, el autor ofrece al legislador siete criterios posibles sobre lo que podría delimitar el carácter indisponible de una materia. El primero de ellos, sería el que equipararía la indisponibilidad de una materia, con la falta de competencia sobre la misma; el segundo sería el que la relacionaría con el orden público; el tercer criterio vincularía la indisponibilidad con las potestades administrativas; el cuarto sería el que vendría determinado por las normas de derecho necesario; el quinto estaría constituido por los actos de autoridad; el sexto criterio, más amplio todavía, estaría determinado por el carácter administrativo o de derecho público de la materia; y, finalmente, el séptimo criterio sería el que haría indisponible cualquier materia relacionada con el interés público⁴¹³.

Como puede apreciarse, LÓPEZ MENUDO es de los pocos autores que se ha cuestionado el concepto de disponibilidad, lo cual es muy razonable, teniendo en cuenta que la disponibilidad es un concepto desarrollado por el Derecho privado, no por el Derecho público. No obstante, aunque el autor da un paso adelante en el estudio de la materia su propuesta resulta generalista en

⁴¹² *Ibid.*, p. 19: “*Parece obligado reconocer que la prohibición para celebrar aquélla (la transacción) puede ser más estricta que la que pueda imponerse al arbitraje*”

⁴¹³ *Ibid.*, p. 20.

exceso, al limitarse a calificar la cuestión como de política legislativa, y al ofrecer una escala de criterios sobre lo que podría considerarse indisponible. Y es que en ningún caso ofrece una definición, siquiera provisional, sobre los conceptos de disponibilidad/indisponibilidad. Así, de sus reflexiones surgen algunas preguntas: ¿verdaderamente el concepto de disponibilidad en el Derecho privado viene determinado por el carácter disponible o imperativo de la norma?, ¿qué papel juega el concepto de orden público en la determinación de las materias disponibles?, ¿es verdaderamente todo una cuestión de política legislativa, o existen unos límites que ni siquiera el legislador puede traspasar?

BUSTILLO BOLADO, por su parte, hace un interesante análisis de la cuestión. Así, tras considerar las propuestas de la doctrina mayoritaria sobre un sistema de lista cerrada, llega a la conclusión de que todas ellas -salvo la de TORNOS MAS- toman como punto de partida la naturaleza de la actividad administrativa, esto es, el artículo 103.1 CE. En cambio, este autor cree que la cuestión de las *materias* arbitrables debe analizarse desde la perspectiva de la actividad judicial, es decir, desde el art. 106.1 CE y desde el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. Y, a su vez, coincide con LOPEZ MENUDO en que *la mayor o menor extensión del arbitraje dentro del ámbito constitucionalmente posible* es una cuestión de política legislativa⁴¹⁴.

FERRET JACAS, por su parte, también propone un criterio único delimitador de lo arbitrable⁴¹⁵. El autor defiende el ámbito de

⁴¹⁴ BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3ªed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 468 a 472.

⁴¹⁵ FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 35, 1999, p. 17 y 18: “Sólo en los supuestos en los que se da una situación de derecho subjetivo de un particular que no viene modulado

los derechos subjetivos como el ámbito idóneo para que tenga lugar el arbitraje. Sin embargo, aunque acertada, esta postura parece demasiado generalista y algo parca, pues, sin pretenderlo, provoca que surja la necesidad de plantearse algunas otras cuestiones: ¿el Derecho a aplicar en este tipo de cuestiones tiene un carácter público o privado?, y, en consecuencia, el arbitraje que el autor propone ¿qué es en realidad?, ¿un arbitraje de Derecho privado o de Derecho público?, ¿puede una pretensión fundada en un interés legítimo someterse a arbitraje?

Tanto las reflexiones de LOPEZ MENUDO como las de BUSTILLO BOLADO y FERRET JACAS resultan interesantes e iluminadoras en muchos aspectos. Son estos tres autores los que han impulsado y guiado el estudio que aquí se emprende. Así, BUSTILLO BOLADO, al enunciar como puntos de partida para abordar la cuestión, la perspectiva judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva derriba las teorías de aquellos que ven en el árbitro un sustituto de la actividad administrativa. En torno a las reflexiones de LÓPEZ MENUDO, además de las preguntas planteadas, surgen también otras tres cuestiones clave: ¿tienen los particulares pleno poder de disposición sobre sus derechos en los conflictos con la Administración Pública?, ¿qué es lo verdaderamente disponible?, ¿sirve para el arbitraje público, el criterio de la disponibilidad utilizado por la Ley 60/2003, de Arbitraje?

por el interés público o los intereses generales será adecuado el arbitraje. Allí donde la Ley ha querido el acuerdo convencional; allí donde la Administración ya ha tomado su determinación y hace falta cuantificarla o depurarla técnicamente, allí donde una actividad o inactividad material de la Administración nacen automáticamente unos derechos concretos para el particular. En esos casos se produce una relación entre particulares y Administración idéntica a la existente entre dos particulares. No hay otro interés público que el de otorgar al particular su derecho. Este es el campo del arbitraje.”

3. Valoración crítica y anuncio de postura propuesta

El análisis de las distintas posturas doctrinales pone de manifiesto la necesidad de profundizar más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho público, pues son muchas las dudas que han ido surgiendo al exponer cada una de ellas.

Reconociendo el esfuerzo y la audacia de quienes llevaron a cabo la compleja tarea de establecer un listado cerrado de *materias* arbitrables, resulta, sin embargo, más apropiado el establecimiento de un criterio general de arbitrabilidad. Y es que la elaboración de un listado de *materias* susceptibles de arbitraje, no agota el estudio de la cuestión, e inevitablemente deja fuera del arbitraje cuestiones que por su naturaleza serían plenamente arbitrables.

Sobre la determinación de un criterio general de arbitrabilidad, algunos autores, como LOPEZ MENUDO, han descartado completamente la aplicabilidad del criterio general sobre disponibilidad recogido por la LA, al considerarlo incompatible con la naturaleza eminentemente imperativa de las normas a aplicar en la controversias de Derecho Público.

Sin embargo, desde aquí se van estudiar las posibilidades de aplicabilidad del art. 2.1 LA al arbitraje de Derecho Público, que establece como criterio de la arbitrabilidad la disponibilidad de las *materias* conforme a derecho. En el siguiente apartado se va a definir, pues, el alcance del criterio de *arbitrabilidad* recogido por el precepto. Para ello se desgranarán los distintos conceptos que aparecen directa o indirectamente relacionados con el precepto. Tras lo cual, se concluirá que el criterio recogido por el art. 2.1 LA significa que solo pueden someterse a arbitraje las pretensiones fundadas en la afirmación sobre la titularidad de derechos subjetivos. Y ello llevará a la conclusión de que dicho precepto es perfectamente trasladable al arbitraje de las cuestiones de Derecho público.

Por otra parte, la fijación de un criterio general único de lo arbitrable, que sirva de fundamento a toda la legislación arbitral, sin perjuicio de que luego las leyes específicas puedan contener

excepciones, responde, como se verá, a una exigencia básica de la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje⁴¹⁶.

4. El objeto del arbitraje en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Una vez analizadas las distintas posturas doctrinales sobre la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho público, conviene ahora dar respuesta a todas las preguntas que a lo largo de dicho análisis han ido planteándose.

El origen privatista de la institución arbitral, obliga a abordar el análisis sobre lo que puede ser objeto del arbitraje desde la perspectiva del Derecho común, para poder así comprender en profundidad el porqué de las distintas posturas doctrinales en torno al objeto del arbitraje de Derecho público.

Como se ha podido apreciar, las principales dudas surgen en torno a los conceptos de arbitrabilidad, disponibilidad y transacción. Ello se debe, fundamentalmente, a que buena parte de la doctrina expuesta parece confundir estos conceptos, utilizándolos muchas veces como sinónimos en relación con los efectos que producen. Esa tendencia a equiparar el arbitraje a la transacción es plenamente comprensible, en tanto en cuanto el arbitraje es una institución de origen privado, por lo que parece comprensible que la concepción privatista en torno a lo que debe entenderse por arbitrabilidad, se haya intentado trasladar sin más discusión al ámbito del Derecho público

⁴¹⁶ Tal y como se ha visto en el capítulo I de esta investigación la naturaleza autónoma del arbitraje viene avalada, además, por la propia la Ley de Arbitraje que se ha erigido como la ley general del arbitraje, en su artículo 1.3, al reconocer su carácter supletorio a los arbitrajes previstos en otras leyes.

por los estudiosos del Derecho administrativo. Sin embargo, es precisamente en esa traslación donde se encuentra el error, pues de haberse investigado, analizado y cuestionado las afirmaciones de los privatistas, se habría detectado que no existe entre ellos consenso en torno a los conceptos de disponibilidad y arbitrabilidad.

4.1. El artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje

La Ley de Arbitraje en su artículo 2.1 establece como criterio delimitador de lo arbitrable, la disponibilidad en derecho de las materias sobre las que recaen las controversias. En concreto, el precepto señala:

“Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.”

Según este precepto, solo podrán someterse a arbitraje, aquellas controversias sobre materias que sean disponibles conforme a derecho. Solo es, pues, arbitrable lo que es disponible. La Ley de Arbitraje ha optado, así, por un criterio único de máxima generalidad, rehuyendo, de este modo, de las anteriores tendencias a establecer una lista de materias excluidas del arbitraje. El legislador, tal y como expresa en la Exposición de Motivos de la norma, ha reputado:

“innecesario que la ley contenga un elenco, si quiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición”

Considerando que:

“basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto por las partes”.

Y ello, sin perjuicio de que por razones de política jurídica:

“haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una

regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”

Estas palabras del legislador resultan muy elocuentes, pues ponen de manifiesto un posicionamiento del mismo a favor del arbitraje, a través de la fijación de un criterio generalista de lo arbitrable, dejando a la legislación especial la posibilidad de establecer excepciones a la regla general de arbitrabilidad.

También resultan reveladoras porque vienen a recordar que disponibilidad y arbitrabilidad no son conceptos sinónimos, sino conceptos jurídicos distintos. De modo que puede haber cuestiones disponibles que el legislador considere que no deben poder someterse a arbitraje y cuya resolución debe ser monopolio del poder judicial.

Sin embargo, esa generalidad del precepto, también tiene inconvenientes, pues se trata de un artículo formado por varios conceptos jurídicos indeterminados, como son: *controversia*, *disponibilidad*, *materia*, y la expresión *en derecho*. Ello ha llevado a la doctrina a hacer un gran esfuerzo por tratar de concretar el significado del precepto e, inevitablemente, entre tanta tinta, la confusión sobre dichos conceptos se ha hecho patente. No son pocos los autores que han confundido la arbitrabilidad con la disponibilidad y ésta con la transacción; otros muchos centrado su discusión en torno a la palabra *materias*, y han entendido que lo importante es el carácter dispositivo o imperativo de las normas aplicables a determinadas materias; otros, en cambio, han visto en el concepto de *controversia* la clave para entender el significado del precepto.

Por eso procede ahora contestar a las siguientes preguntas: ¿qué es la disponibilidad?, ¿qué es la arbitrabilidad?

4.1.1. La disponibilidad en el Derecho común

En Derecho no existe un concepto cerrado sobre disponibilidad, ni tampoco ninguna norma que contenga una definición de lo que debe entenderse por disponible.

Así, se van a desgranar aquí las distintas regulaciones y los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales en torno al concepto de disponibilidad, todo ello a través de distintas instituciones jurídicas que han tenido o tienen una influencia crucial en la construcción del concepto de disponibilidad. En concreto, se va a hacer referencia al carácter dispositivo e imperativo de las normas; al concepto de derecho subjetivo y a las facultades que el mismo lleva implícitas; al régimen de la transacción por su tradicional aplicabilidad analógica en materia de libre disponibilidad; así como al principio de justicia rogada o dispositivo que rige todo proceso jurisdiccional.

4.1.1.1. Las normas dispositivas y las normas de ius cogens

Tradicionalmente, ha existido una profunda confusión en la doctrina entre el calificativo de disponible que se le atribuye a una norma y el que se le atribuye a una cuestión o, más concretamente, a un derecho.

Así, las normas pueden ser dispositivas o imperativas. El carácter dispositivo de una norma, como es bien sabido, supone que la producción de las consecuencias jurídicas en ella previstas depende de que los particulares no hayan decidido sobre las mismas en otro sentido. Lo que significa que está en poder de los particulares que la norma despliegue sobre una determinada situación sus efectos jurídicos o no. En cambio, el carácter imperativo de una norma implica su obligatoriedad, de modo que no hay lugar a la discrecionalidad de las partes.

Esta distinción entre las normas dispositivas y las imperativas, siendo básica y de aparente fácil comprensión, ha dado lugar a posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales opuestos, en lo tocante al arbitraje. Así, autores como RAGEL SÁNCHEZ han afirmado que la imperatividad del Derecho a aplicar, impide la

posibilidad del arbitraje sobre esa materia⁴¹⁷. En la misma línea están algunos pronunciamientos judiciales, como es la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 1810/1995, de 25 de octubre que rechaza el arbitraje sobre una controversia relativa a la conservación de una vivienda arrendada por tratarse de una materia regida por una norma de *ius cogens*.

Sin embargo, como afirma VERDERA SERVER la arbitrabilidad de una controversia no puede identificarse con la ausencia de normas imperativas, pues, en ese caso, el arbitraje quedaría reducido a un ámbito muy marginal, debido a la frecuencia de las normas imperativas en el ordenamiento jurídico⁴¹⁸. Así, la admisibilidad del arbitraje sobre cuestiones reguladas por normas de derecho necesario es una realidad en el ordenamiento jurídico español (sirva de ejemplo la aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho de consumo, Derecho eminentemente imperativo⁴¹⁹), así como la

⁴¹⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Principios y funcionamiento de la Ley de Arbitraje”, *Revista Galega de Administración Pública*, nº 26, 2000, p.86.

⁴¹⁸ VERDERA SERVER, R., *Del convenio arbitral y sus efectos*, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR, S., 2ªed., Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 412 y 413.

En el mismo sentido se ha manifestado HERNÁNDEZ-GIL, A. , *Disposiciones Generales*, en HERNÁNDEZ-GIL, A. et al., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 131, pp. 151 y 152: “...una medida de la arbitrabilidad que estuviera biunívocamente ligada al carácter dispositivo o imperativo de las normas en cuestión conduciría a dos resultados difícilmente admisibles: uno, que los Tribunales Arbitrales sólo podrían aplicar normas de carácter dispositivo y no de carácter imperativo; y, otra, que el ámbito del arbitraje se reduciría extraordinariamente por la dificultad de encontrar materias regidas sólo por normas de Derecho dispositivo y separable del régimen de las normas de Derecho imperativo.”

⁴¹⁹ El legislador ha admitido sin trabas el arbitraje sobre cuestiones de consumo (art. 90.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba

arbitrabilidad de las controversias en el Derecho societario, donde el peso imperativo de las normas es notable).

De modo que la imperatividad de las normas aplicables a una determinada controversia no debe excluirla del arbitraje, sino que implica únicamente que aquellas normas imperativas deberán ser aplicadas por el árbitro para resolver la controversia. En efecto, el legislador prevé una acción de anulación para el caso de que el laudo no se funde en esas normas de *ius cogens* (art. 41 f) LA)⁴²⁰. Y es que, como acierta a destacar VERDERA SERVER, “no se anula un laudo por incidir o afectar al orden público, sino por ser contrario al mismo”⁴²¹.

el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

⁴²⁰ El artículo 41 establece:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Que el laudo es contrario al orden público.

⁴²¹ La jurisprudencia ha venido definiendo el orden público como “aquellos principios jurídicos, públicos, privados, políticos, económicos, morales e, incluso, religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social

La arbitrabilidad de pretensiones en que las normas a aplicar son normas de Derecho necesario fue hace tiempo admitida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, STS 2489/1998, de 18 de abril:

“la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el art. 22 LOPJ que se refiere a la jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el art. 118 LSA que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.”

Por tanto, en el arbitraje, las partes no disponen del derecho sustantivo. Y es que, en realidad, la confusión ha venido provocada por el mismo precepto, al haber utilizado la palabra *materia* en lugar de otra más apropiada como, por ejemplo, *cuestión*. Y es que una materia no es disponible o indisponible. De hecho, en rigor, la palabra que debería haber utilizado el legislador, debiera haber sido la de *derechos subjetivos*, pues, como se verá, ellos son los únicos disponibles. En consecuencia, nada tiene que ver, en la determinación del objeto del arbitraje, el carácter dispositivo o imperativo de las normas.

en un pueblo y en una época determinada” (SSTS 8433/1995, de 23 de noviembre y 3200/20005, de 23 de marzo).

4.1.1.2. Los derechos subjetivos

Conviene ahora abordar el análisis del concepto de derecho subjetivo, pues se trata de una institución crucial para poder entender el concepto de disponibilidad y, en consecuencia, comprender a qué se refiere el artículo 2.1 LA cuando señala que podrán someterse a arbitraje aquéllas controversias sobre materias “*de libre disposición conforme a derecho.*”

Para ello, se va a abordar, en primer lugar, el concepto de derecho subjetivo y, posteriormente, se ahondará en su contenido abstracto. Y es en ese momento, al analizar el contenido del derecho subjetivo, cuando se señale como una de sus características esenciales el poder de disposición, concepto que va a ser clave en la labor de delimitar el concepto de disponibilidad.

En primer lugar, conviene recordar que la formulación de un concepto de derecho subjetivo ha sido una de las labores predilectas de la ciencia jurídica. No es este el lugar para desgranar la ingente cantidad de concepciones de derecho subjetivo que se han formulado⁴²². Sencillamente, se va a partir de una de las definiciones que más acogida ha tenido entre la doctrina y cuya validez es actualmente reconocida por la mayoría de los civilistas y, sobre todo, la que mejor recoge la esencia de lo que es un derecho subjetivo, y la más idónea para abordar el análisis del artículo 2.1 LA y, así, formular conclusiones.

⁴²² Las principales teorías en torno al concepto de derecho subjetivo son: la teoría de la voluntad, que propugna el poder o señorío de la persona y entre sus postuladores encontramos a SAVIGNY y WINDSHEID; la teoría del interés, entre cuyos partidarios destaca IHERING; y las teorías que niegan el derecho subjetivo, entre cuyos valedores encontramos a DUGUIT que fue uno de los autores más críticos con la noción de derecho subjetivo, sustituyéndola por la de *situación jurídica*. Conviene señalar, que aunque obsoletas, todas estas teorías han cooperado a la formulación actual del concepto de derecho subjetivo.

El derecho subjetivo es un poder jurídico otorgado por el ordenamiento a una persona que le permite obrar en un determinado sentido⁴²³. Lo determinante, pues, en la noción de derecho subjetivo es la idea de *poder*. A su vez, tal y como señala DIEZ-PICAZO el derecho subjetivo, entendido como poder jurídico, está compuesto por una serie de facultades *unitarias y armónicamente agrupadas*. Por ejemplo, el derecho de propiedad comprende la facultad de usar, la de disfrutar, la de disponer etc.⁴²⁴ Así, el derecho subjetivo no es sino una manifestación de la libertad del individuo que viene reconocida por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, solo la titularidad faculta a una persona para ser sujeto de un derecho subjetivo. En cuanto al objeto del derecho subjetivo, este puede consistir o bien en una conducta o comportamiento exigible de otras personas para lograr los intereses del titular, o bien en bienes económicos, en cuanto capaces de satisfacer las necesidades de este.

Procede ahora analizar desde el punto de vista abstracto el posible contenido del derecho subjetivo, en base a la explicación que sobre este particular dan DIEZ-PICAZO y GULLÓN⁴²⁵. Todo derecho subjetivo comprende los siguientes tres planos o niveles:

- un haz de facultades;
- un conjunto de deberes y cargas;
- y unos mecanismos de protección jurídica.

⁴²³ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil Parte General, Volumen tercero. Derecho subjetivo. Negocio Jurídico*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 69.

⁴²⁴ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Parte general del Derecho Civil y personas jurídicas (I)*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 346.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 350.

Las facultades son las posibilidades de actuación que tiene atribuidas el sujeto del derecho subjetivo por razón de su titularidad. Son facultades que integran el derecho de propiedad, por ejemplo, el derecho-facultad de goce y disfrute, la facultad de apropiarse los frutos que los bienes producen, etc. Entre las facultades más relevantes que integran el derecho subjetivo, cobra especial importancia el poder de disposición. La facultad de disposición otorga al titular del derecho la posibilidad de llevar a cabo actos que afecten al contenido sustancial del mismo e, incluso, a su misma subsistencia. En concreto, esta facultad o poder consiste en la posibilidad de enajenar o transmitir el derecho, *constituir a partir de él otros derechos limitados o menores*⁴²⁶ y, también, la posibilidad de extinguirlo, renunciando al mismo. Así, por definición, cuando se está frente a un derecho subjetivo, este es, *per se*, disponible.

Los deberes y las cargas, por su parte, son también parte integrante del derecho subjetivo, y aunque suelen afectar a otras personas distintas del titular (ej. el derecho de propiedad crea el deber en las demás personas de respetarlo), también pueden quedar a cargo del sujeto del derecho (ej. la carga de probar el daño causado para obtener la condena judicial del demandado a la pertinente reparación).

Finalmente, por lo que se refiere a la protección jurídica del derecho subjetivo, como señala DIEZ-PICAZO, esta forma parte integrante del derecho. Dicha protección se articula mediante el otorgamiento de una acción al titular del derecho subjetivo para acudir a los órganos jurisdiccionales. De modo que cuando uno reclama la tutela jurisdiccional, está haciendo uso de su derecho subjetivo, está disponiendo de él, como titular que es del mismo.

Este punto resulta especialmente interesante en esta investigación, pues aunque ordinariamente son los órganos de la

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 352.

Administración de Justicia los encargados de otorgar la protección del derecho subjetivo, el arbitraje, en tanto que reconocido por el Tribunal Constitucional como un *equivalente jurisdiccional*, aparece también como una vía de protección de los derechos subjetivos. En consecuencia, puede decirse, que va implícita en el derecho subjetivo la facultad de acudir al arbitraje para obtener su protección y defensa. Y es que, la protección, aunque ordinariamente sea judicial, también puede ser arbitral e, incluso, obtenerse de la Administración Pública o de las Autoridades gubernativas.

Esta explicación del concepto de derecho subjetivo, y de su contenido abstracto, sirve para afirmar que todo derecho subjetivo es disponible y que no existen derechos subjetivos indisponibles. Más aún, tal y como afirma MONTERO AROCA:

“cuando no existe disponibilidad es porque no se trata realmente de verdaderos derechos subjetivos, sino que se está ante situaciones jurídicas que no comportan la atribución de derechos.”

Así, pues, *“no existe disposición de algo que no es un derecho subjetivo”*,⁴²⁷ pues la disponibilidad es la consecuencia lógica de la titularidad, que se traduce en un poder. Por tanto, la pretensión sólo es posible cuando se hace por quien afirma ser titular de un derecho subjetivo, por eso solo quien hace dicha afirmación puede pedir la consecuencia jurídica prevista en la norma, a excepción de los casos recogidos por el art. 751 y ss. LEC.

De modo que lo que interesa aquí, para determinar el alcance del concepto de disponibilidad recogido en el art. 2.1 LA, son las

⁴²⁷ MONTERO AROCA, J., “Las materias de libre disposición en el arbitraje y la mediación”, *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 55.

pretensiones fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos, pues esa titularidad lleva consigo su disponibilidad.

4.1.1.3. La transacción

Cuando se trata de determinar el ámbito objetivo del arbitraje, resulta muy habitual encontrar entre los autores una remisión al régimen de la transacción. La transacción es un contrato regulado en los artículos 1.809 y ss. CC por el cual las partes:

“dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.”

Así, la doctrina civilista ha entendido que la regulación sobre la disponibilidad e indisponibilidad del objeto de la transacción debe extenderse también al arbitraje pues, a la postre, se trata de la existencia de un poder o de la ausencia del mismo que, como titulares o no, tienen las partes sobre determinadas cuestiones.

Antes de proceder a explicar el porqué de dicha extensión conviene antes, para evitar confusiones, distinguir el ámbito subjetivo del ámbito objetivo.

Así, en relación con los requisitos subjetivos, las leyes de arbitraje de 1953 y 1988 equiparaban la capacidad para comprometer a la capacidad para transigir⁴²⁸. No obstante, la actual Ley de Arbitraje

⁴²⁸ Así, la Ley de 1953 en su artículo 13 exigía la misma capacidad para comprometer que la que se exigía para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que afectara el compromiso. De modo que, de acuerdo con el artículo 1.457 del CC, por el que se reconocía capacidad para ser parte en una compraventa a las mismas personas que el CC autorizaba para obligarse, podían comprometer aquellos que podían obligarse.

guarda hoy silencio sobre los requisitos subjetivos que deben reunir las partes en un convenio arbitral. Esta omisión deliberada del legislador ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de considerar suficiente la capacidad de obrar, o la capacidad negocial, entendiendo por esta el poder para poder emitir declaraciones de voluntad, reconociendo el ordenamiento jurídico a dichas declaraciones los efectos jurídicos pretendidos por quien las realiza (FERRARA).

Dicho esto, por lo que se refiere a los requisitos objetivos, el ámbito objetivo de la transacción se fundamenta en el poder de disposición que tienen las partes en virtud de la titularidad sobre un derecho. De ahí, que una persona solo pueda transigir sobre lo que es titular.

Esto queda perfectamente evidenciado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). El artículo 19.1 LEC que lleva por rúbrica el “*derecho de disposición de los*

El legislador de 1953 se avalaba en la STS de 24 de abril de 1941 y en la Resolución General de los Registros de 6 de diciembre de 1947, que señalaban que tanto la transacción como el arbitraje requerían la plena disposición del objeto a que afectasen.

Por otro lado, conviene recordar aquí el contenido de los arts. 1.820 y 1.821 CC antes de que la Ley 36/1988, de Arbitraje, los vaciara de contenido, que regulaban los compromisos. Así, el artículo 1.820 se remitía al régimen de la transacción en materia de capacidad para transigir y comprometer. En concreto, el precepto establecía que “*las personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas*”; y el artículo 1.821 disponía que “*lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos*”. Quedando así asimilada la capacidad que se exigía para comprometer a la que se exigía para transigir.

Dichos preceptos fueron derogados por la Ley 36/1988 de Arbitraje, que cambió de planteamiento al omitir conscientemente cualquier referencia a la capacidad para enajenar o transigir como requisito subjetivo para poder someter a arbitraje.

litigantes”, se refiere a la facultad de las partes contendientes de disponer sobre el objeto del proceso, mediante la renuncia, el desistimiento, la mediación o el arbitraje y la transacción. En concreto el precepto establece:

“Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.”

Por otra parte, el artículo 751 LEC que lleva por rúbrica la *“Indisponibilidad del objeto del proceso”*, señala que no *“surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción”* en los procesos sobre capacidad, matrimonio, filiación y menores. Este precepto trae causa del artículo 1.814 del Código Civil que prohíbe la transacción sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros. Como puede apreciarse el artículo 751 LEC no se refiere específicamente al arbitraje. No obstante, ha sido interpretado tanto por la doctrina⁴²⁹ como por la jurisprudencia⁴³⁰, por su evidente identidad de razón con el artículo 19.1 LEC, como extensivo al arbitraje, quedando, en consecuencia, prohibida la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

La razón de ser de esta extensión en relación con las cuestiones indisponibles, se encuentra en que las relativas a la capacidad,

⁴²⁹ HENÁNDEZ- GIL ÁLVAREZ, A., *Título I*, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 135.

⁴³⁰ SAP Barcelona 125545/2005, de 16 de marzo; SAP Barcelona 43717/2008, de 30 de junio, AAP Madrid 105664/2011, de 3 de enero.

filiación, matrimonio y menores, son cuestiones que tienen un marcado carácter publicista. Pero el dato fundamental es, sobre todo, que no estamos ante verdaderos derechos subjetivos, y en consecuencia, se entienden fuera del poder de disposición de las partes. Las partes no tienen facultad para disponer de dichas cuestiones, porque algunas de ellas despliegan efectos que afectan al interés general (el matrimonio) y/o afectan a terceros (como las cuestiones sobre capacidad, filiación y menores) y, por tanto, las partes -en dichas situaciones- no son titulares de un verdadero derecho subjetivo, sino que lo que verdaderamente ostentan son *potestades*. En efecto, lo que en dichos procedimientos se pretende es la defensa de los intereses de otra persona, y no de los propios intereses⁴³¹.

En conclusión, la doctrina civilista ha venido entendiendo que el criterio de la disponibilidad recogido por el contrato de transacción es perfectamente trasladable al arbitraje para la determinación de la arbitrabilidad. Y es que, en efecto, en ambos casos se trata de decidir, en virtud del poder de disposición, el destino del derecho subjetivo: ya fuere cediendo parte del mismo, ya encomendándolo a un tercero imparcial.

⁴³¹ Y es por esas potestades por lo que la Ley otorga a estas otras personas la condición de legitimados para emprender uno de esos procesos, pues aunque no ostentan verdaderos derechos subjetivos sí que gozan de un interés legítimo sobre los mismos (ej. los padres respecto de sus hijos menores de edad).

Véase sobre este punto DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Parte general del Derecho Civil y personas jurídicas (I)*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 353 y 354.

4.1.1.4. *El principio de justicia rogada o principio dispositivo*

Ahora, procede acudir al Derecho procesal para conocer el protagonismo que ahí tiene el concepto de disponibilidad, y entender así la trascendencia que este tiene en el arbitraje, en virtud del art. 2.1 LA.

Así, en primer lugar, conviene señalar que el derecho subjetivo es el fundamento y la razón de ser del principio dispositivo que rige el Derecho procesal español⁴³², que recogido principalmente en la LEC, tiene un marcado carácter liberal reflejado en el principio dispositivo que informa todo el proceso civil, principio a que hace referencia, entre otros, el artículo 19 LEC.

Así, tal y como se ha apuntado antes, ejercitar un derecho en vía jurisdiccional es una forma de hacer uso del mismo, esto es, de disponer de él y, por consiguiente, el que la tutela jurisdiccional quede condicionada a la petición del interesado, no es sino consecuencia *de la autonomía negocial reconocida al particular sobre sus propia esfera jurídica*⁴³³. El principio dispositivo se refiere, pues, al poder que tienen las partes sobre su interés privado y a la facultad de decidir si les conviene o no acudir a los órganos jurisdiccionales para pretender su satisfacción. Partiendo de este significado del principio dispositivo, las principales expresiones procesales del mismo son:

1. La actividad jurisdiccional solo puede promoverse a instancia de parte, pues son las partes de una controversia quienes deciden si quieren reclamar la tutela jurisdiccional para la satisfacción de sus intereses o, por el contrario, prefieren

⁴³² Sobre el principio de justicia rogada, no procede detenerse en exceso, pues ha ido analizándose indirectamente en los apartados precedentes.

⁴³³ MONTERO AROCA, J., *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.144.

- dejarlos insatisfechos, en virtud de su libertad (art. 399 y 437 LEC).
2. La determinación del objeto del proceso es facultad exclusiva de las partes interesadas en la controversias (art. 216 LEC).
 3. El principio de congruencia, por el cual el juez queda limitado por las pretensión de las partes, pudiendo sólo resolver sobre lo que las mismas le han planteado; de modo que el juez no podrá pronunciarse sobre cuestiones que no le hayan sometido las partes a su competencia, ni tampoco dejar sin fallar cuestiones propuestas (art. 218 LEC).
 4. Finalmente, la libertad en cuanto a lo que a la finalización del proceso se refiere. Las partes, igual que tienen libertad para incoar el proceso, son libres para poner fin al mismo cuando así lo estimen oportuno, sin necesidad de esperar al fallo judicial (art. 19 a 22 LEC)⁴³⁴.

Como excepciones a la regla general de que el principio dispositivo rige todo proceso, se encuentran los procesos ya analizados y recogidos en el art. 751 LEC y ss., en los que no existe disponibilidad por parte de los contendientes sobre el objeto del proceso pues se trata de casos en que los interesados no gozan de auténticos derechos subjetivos, sino de potestades reconocidas por el ordenamiento que los legitiman como demandantes. Es el caso, por ejemplo, de la pretensión para declarar la incapacidad de una persona. En esa situación, el artículo 757 LEC legitima a ciertas personas a instar la incapacidad, pero no en calidad de titulares de un derecho subjetivo. En esos casos no hay disponibilidad y, en consecuencia, no podrán someterse a arbitraje aquellas pretensiones que no estén fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos,

⁴³⁴ NOYA FERREIRO, M^a. L. y VARELA GÓMEZ, B. J., “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 19 a 22”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2005, pp. 4 y 5.

pues no cabe someter a arbitraje aquello de lo que, en rigor, no se es titular.

De modo que la disponibilidad o la indisponibilidad sobre el objeto del proceso, no es sino la consecuencia lógica de la libertad del individuo entendida como la facultad de disponer sobre los propios derechos subjetivos.

4.1.1.5. *La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario*

El principio procesal del litisconsorcio pasivo necesario arroja luz, a su vez, en torno a los límites de la disponibilidad del cauce procesal para la resolución de controversias sobre derechos subjetivos. Este principio declara la interdicción de que los derechos de una determinada persona queden directamente comprometidos o afectados por una sentencia debido a que no hubiese sido demandada en el procedimiento. La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario fue construida en orden a proteger los derechos de terceros no convocados al procedimiento y se encuentra hoy recogida en los artículos 12 y 420 de la LEC⁴³⁵.

⁴³⁵ Artículo 12. *“Litisconsorcio.*

1. *Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.*

2. *Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.”*

Artículo 420. *“Posible integración voluntaria de la litis. Resolución en casos controvertidos de litisconsorcio necesario.*

1. *Cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, podrá el actor, en la audiencia, presentar, con las copias*

Esta doctrina encuentra su fundamento en el orden público y en su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la eficacia de cosa juzgada de las sentencias judiciales. Este fundamento es perfectamente trasladable a los laudos arbitrales y, por ende, a la institución arbitral. Tal como acierta a señalar HERNÁNDEZ-GIL, la diferencia entre la jurisdicción y el arbitraje estribaría en que la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario en el arbitraje operaría no ya en el momento de interposición de la demanda, sino en el momento de establecer el objeto del arbitraje en el convenio arbitral o en la solicitud de arbitraje. En concreto, el autor declara:

correspondientes, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia.

El demandante, al dirigir la demanda a los litisconsortes, sólo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquellas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir.

2. Si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oír a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto que deberá dictar en el plazo de cinco días siguientes a la audiencia. En todo caso, ésta deberá proseguir para sus restantes finalidades.

3. Si el tribunal entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 404, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones.

4. Transcurrido el plazo otorgado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá fin al proceso por medio de auto y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones.”

“(…)en otras palabras, la existencia de una situación litisconsorcial como cualidad de la relación jurídica objeto de la Litis (judicial o arbitral) por razón de los vínculos entre los derechos (de los sujetos) implicados determina la no disponibilidad de dicha relación jurídica (o de la controversia ligada a una relación jurídica) por las partes, sean éstas las otorgantes de un convenio arbitral que se refiere a una relación jurídica a través de la prefiguración de las controversias sometidas a arbitraje, o las partes entre las que se entiende el arbitraje, quien(es) lo solicite(n) y contra quien(es) se solicita.”⁴³⁶

En resumen, la existencia de una situación litisconsorcial, donde los intereses de terceros pueden verse afectados por el laudo arbitral, supone la indisponibilidad de la relación jurídica, salvo que los terceros afectados consientan en el arbitraje.

4.1.2. La arbitrabilidad

Tras analizar el concepto de disponibilidad, conviene centrarse en el significado de arbitrabilidad y, más en concreto, sobre el sentido profundo del art. 2.1 LA. Ello resulta esencial, pues aunque, como ya se ha señalado, el legislador ha asimilado la arbitrabilidad a la disponibilidad, conviene discernir qué es exactamente lo arbitrable. Al comienzo del apartado, se ha descartado la posibilidad de entender que una materia pueda ser objeto de arbitraje, pero entonces ¿cuál es el objeto del arbitraje?

⁴³⁶ HENÁNDEZ- GIL ÁLVAREZ, A., *Título I*, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 131.

De la lectura del precepto podría interpretarse que el objeto del arbitraje, como del proceso, es siempre una controversia o un conflicto de intereses intersubjetivos. Sin embargo, tal y como subraya MONTERO AROCA, esta es una explicación sociológica, pero no jurídica, pues el objeto del proceso y, en consecuencia, del arbitraje, es siempre una pretensión⁴³⁷.

Entender que el objeto del proceso es una controversia o un conflicto es erróneo, o al menos, una explicación insuficiente, pues la simple existencia de un conflicto intersubjetivo no provoca por sí mismo la intervención de la jurisdicción, sino que, con carácter general, es necesaria la formulación de una pretensión para incoar el proceso y así provocar la actividad jurisdiccional⁴³⁸. La pretensión, conformada por el *petitum* y la *causa petendi*, es lo que determina el objeto del proceso y, en consecuencia, también el objeto del arbitraje, limitando así el ámbito sobre el que deberán pronunciarse el juez o el árbitro.

4.2. El artículo 9.1 LA. La voluntariedad.

Tras analizar el art. 2.1 LA procede detenerse en el artículo 9.1 LA, que recoge el principio de autonomía de la voluntad, pilar básico en que se funda la institución arbitral.

El precepto a analizar establece:

⁴³⁷ MONTERO AROCA, J., “Las materias de libre disposición en el arbitraje y la mediación”, *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 52.

⁴³⁸ GUASP, J. “La pretensión procesal”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 5, nº 1, 1952, p.16.

“El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”⁴³⁹

El principio de voluntariedad recogido en el precepto es una consecuencia lógica del principio dispositivo proclamado en el artículo 2.1 LA. Y es que la exigencia de un convenio en el que las partes manifiesten expresamente su voluntad de acudir al arbitraje responde a la idea -ya analizada- de que las partes solo pueden someter a arbitraje aquello de lo que disponen y, tal y como se ha demostrado, solo pueden disponer de los derechos subjetivos de que son titulares. De modo que por el convenio arbitral no pueden quedar de ningún modo afectados los derechos subjetivos de terceros.

Que la validez del arbitraje quede supeditada a la existencia de un acuerdo entre las partes, responde, además, a una exigencia fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, pues por el arbitraje se está desplazando el mecanismo judicial, que se pone en funcionamiento en ausencia de acuerdo de las partes sobre el arbitraje (siempre que se ejerciten, claro está, las pretensiones oportunas). El convenio arbitral solo puede comprometer a quienes lo suscriben y a nadie más.

En conclusión, podría decirse que los tres los principios rectores del arbitraje responden a una secuencia lógica de argumentación, y es

⁴³⁹ La naturaleza contractual del convenio arbitral ha sido plenamente admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia: “*El convenio arbitral es un pacto de naturaleza contractual...*” (AAP Madrid 1713/1999, de 8 de junio, o “*El convenio arbitral es el contrato por el cual...*” (SAP Sevilla 219201/2011, de 26 de enero).

que unos son consecuencia de los otros. Así, del principio dispositivo nace el principio de voluntariedad y de este el principio de no afectación a terceros, y en fondo, todos ellos responden al contenido esencial del concepto de derecho subjetivo.

4.3. Conclusión

Tras el análisis de los artículos 2.1 y 9.1 LA, se extrae una conclusión definitiva sobre el ámbito de aplicación objetivo del arbitraje. En efecto, de lo expuesto se concluye que pueden ser objeto de arbitraje aquellas pretensiones fundadas en la afirmación sobre la titularidad de un derecho subjetivo, siendo siempre el límite de referencia el principio de no afectación a terceros. Son tres, por tanto, los conceptos clave: pretensión, titularidad y derechos subjetivos.

Y es que, tal y como se ha argumentado, el objeto del proceso judicial, y por extensión el del arbitraje, es siempre una pretensión, no una controversia, en tanto que, con carácter general, la mera existencia de una controversia no provoca por sí sola la intervención jurisdiccional o arbitral.

En cuanto al objeto sobre el que recae el atributo de libre disposición, ya ha quedado demostrado que las materias no son por sí mismas disponibles o indisponibles. En realidad, el precepto, al hablar de *libre disposición* se está refiriendo a los derechos subjetivos que son lo único disponible. De forma que quien aparezca como actor en un proceso arbitral tiene que afirmar ser titular de un derecho subjetivo- aun cuando la veracidad de dicha información quede sujeta a la resolución arbitral- y, en base a esa titularidad, exigir una

obligación a la parte demandada⁴⁴⁰. De modo que el art. 2.1 LA de haberse redactado como sigue: *podrán someterse a arbitraje las pretensiones fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos*, hubiera evitado muchas confusiones.

5. El objeto del arbitraje de Derecho Público

Tras estudiar el objeto del arbitraje en la LA desde la perspectiva del Derecho común, y haber aclarado lo que desde el mismo se entiende por disponibilidad y arbitrabilidad y los efectos que dichos conceptos producen, procede ahora abordar la cuestión desde el prisma del Derecho público, y dilucidar si las conclusiones a las que se ha llegado sobre el arbitraje son trasladables al ámbito del Derecho público. El objetivo principal de este apartado es, pues, esclarecer qué cuestiones podrían someterse a arbitraje, pero muy fundamentalmente se trata de aclarar si el criterio general de disponibilidad del art. 2.1 LA es aplicable al arbitraje en el ámbito del Derecho Público.

Habiendo defendido en esta investigación la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje, y habiéndose proclamado la LA como norma básica de la institución al prever en su articulado su carácter supletorio frente a las normas específicas, se considera conveniente, estudiar las posibilidades de mantener un mismo criterio general en cuanto a la arbitrabilidad, sin perjuicio, de que puedan preverse excepciones en función del Derecho a aplicar en cada caso.

⁴⁴⁰ MONTERO AROCA, J., “Las materias de libre disposición en el arbitraje y la mediación”, *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 56

5.1. La disponibilidad en el Derecho Público

En este apartado se va a llevar a cabo un análisis del concepto de disponibilidad siguiendo la misma estructura que se ha seguido anteriormente, pero desde la perspectiva del Derecho público.

5.1.1. Normas dispositivas y normas imperativas

Las reflexiones anteriores sobre la influencia del carácter imperativo o dispositivo de las normas en la determinación del objeto del arbitraje, resultan de especial interés cuando se trata de estudiar la viabilidad del arbitraje en el Derecho público. Pues, en efecto, el Derecho administrativo es una rama del Derecho formada en su mayoría por normas de Derecho necesario.

Al tratar de la cuestión en el marco del arbitraje regulado por la LA, se ha llegado a la conclusión de que la presencia de normas de *ius cogens* no es un escollo en sí mismo para determinar la no arbitrabilidad de una pretensión. Ello se debe a que ni las partes, ni el árbitro, como tampoco el juez, disponen del Derecho sustantivo.

Como ya se ha señalado, LOPEZ MENUDO basándose en la doctrina civilista, parte del carácter dispositivo o imperativo de las normas para analizar el concepto de disponibilidad referido en la Ley de arbitraje de 1988. El autor afirma que en Derecho privado no es susceptible de arbitraje cualquier cuestión regulada por normas imperativas, y siguiendo con la lógica del razonamiento concluye que no puede trasladarse esa concepción sobre la disponibilidad al arbitraje de Derecho público, pues quedarían vaciadas todas sus posibilidades por caracterizarse el Derecho Administrativo por su

riqueza en normas de Derecho necesario⁴⁴¹. La conclusión de LOPEZ MENUDO sería válida si el presupuesto del que parte fuera, a su vez, correcto. Pero si el concepto de disponibilidad resulta ser otro, tal y como lo han reconocido la jurisprudencia y el propio legislador, entonces no aparece tan claro que no pueda trasladarse dicho concepto al ámbito del Derecho público.

En conclusión, para esclarecer la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho público es necesario desvincular por completo el concepto de disponibilidad al que hace referencia el art. 2.1 LA del atributo de disponible o imperativa que puede acompañar a una norma.

5.1.2. Los derechos subjetivos y los intereses legítimos en Derecho Administrativo

La última afirmación, por la que se postulan arbitrables aquellas pretensiones fundadas en la afirmación de derechos subjetivos de los administrados, exige que se aborde el análisis de los derechos subjetivos en Derecho administrativo. Y es que si el contenido de los derechos subjetivos en Derecho administrativo es el mismo que en Derecho privado, entonces es posible que el criterio de arbitrabilidad reconocido en la LA sea de aplicación al arbitraje de Derecho público.

⁴⁴¹ LOPEZ MENUDO, f. "Arbitraje y Derecho Público", *Justicia Administrativa*, nº 2, 1999 pp. 18 y 19: "Es preciso, pues, desechar esos criterios ofrecidos por la doctrina iusprivatista para el ámbito del Derecho Público y construir una interpretación propia, que está por hacer, con arreglo a los principios del Derecho Administrativo. Por tanto, es preciso partir de cero y plantearse la gran pregunta: ¿cuál puede ser el concepto de "materia indisponible" en el ámbito del Derecho Público?...porque así como no sería lógica una exclusión de todo el Derecho Administrativo de la posibilidad del arbitraje, no lo es menos que habría muchas materias insusceptibles de ello."

Los derechos subjetivos existen incontestablemente en Derecho administrativo, con el mismo significado y trascendencia que en Derecho Privado⁴⁴². Los particulares frente a la Administración Pública ostentan auténticos derechos subjetivos. Ahora bien, no sólo los particulares son titulares de derechos subjetivos, sino que también lo es la Administración frente a los particulares y las Administraciones entre sí. A este respecto, conviene señalar, que no todos los derechos subjetivos encuentran su paralelo en el Derecho privado. Algunos de ellos tienen la misma estructura que los derechos subjetivos privados típicos (véase, por ejemplo, un derecho de crédito de cobro frente a una Administración Pública), pero otros son únicos del Derecho Administrativo (como puede ser el derecho derivado de una licencia administrativa)⁴⁴³.

Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y a T-R FERNÁNDEZ, los derechos subjetivos se pueden clasificar, por razón de su contenido, en tres tipos:

1. Derechos patrimoniales, que incluyen tanto los de carácter obligacional como los de naturaleza real.
2. Los derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos particulares (titulares de licencias, concesionarios etc.)
3. Algunas situaciones de libertad individual.

Todas estas situaciones recogen verdaderos intereses privados por los que el ordenamiento jurídico confiere a su titular el poder de disposición, que incluye la posibilidad de exigir a la Administración

⁴⁴² Véase la explicación conceptual de Derecho subjetivo elaborada más arriba.

⁴⁴³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p.341.

una conducta respetuosa con el derecho subjetivo de que se trate⁴⁴⁴. El derecho subjetivo en Derecho administrativo goza, en cuanto a su contenido abstracto, de las mismos planos o niveles que en Derecho privado. Esos niveles son: en primer lugar, un haz de facultades, siendo el más trascendente el poder de disposición; en segundo lugar, un conjunto de deberes y cargas; y, finalmente, de unos mecanismos de protección jurídica, que son facultades derivadas del poder de disposición inherente al derecho subjetivo, y que suponen que el titular del derecho subjetivo goza de una acción que le permite acudir a la vía jurisdiccional. De modo que en el Derecho público, como en el Derecho privado, la existencia de un derecho subjetivo implica por su misma naturaleza, su disponibilidad.

En Derecho administrativo, junto a los derechos subjetivos típicos o clásicos, se suele aludir al interés legítimo como una situación jurídica simultánea y alternativa al derecho subjetivo. Así por ejemplo, la LJCA en su artículo 19 establece que:

“están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.”

El origen del interés legítimo se encuentra en el *recours pour excès de pouvoir* creado por la jurisprudencia francesa a comienzos del siglo XIX con la intención de otorgar al administrado la facultad, en virtud de un interés y no de un derecho, de impugnar la ilegalidad de la actuación administrativa y, en consecuencia, obtener la nulidad de un acto dictado en infracción de la legalidad. Y es que, hasta ese momento, en el procedimiento administrativo solo existía el *recurso de plena jurisdicción* para la defensa de los derechos subjetivos típicos o clásicos adquiridos por los administrados, dejando al margen todas

⁴⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 37.

las infracciones administrativas que no conllevaran atribuciones de derechos subjetivos. Esto ocurría porque estaba regulado, en su origen, al modo civil, lo cual dejaba a los ciudadanos completamente impotentes frente a la Administración. En efecto, si los ciudadanos no hubieran podido exigir el cumplimiento de la ley a la Administración, entonces las leyes hubieran carecido de eficacia frente a la Administración.

Sin embargo, el recurso por exceso de poder, concebido como la facultad de impugnar la actuación ilegal de la Administración, resultaba hasta cierto punto absurdo, pues el titular del interés afectado por la ilegalidad no encontraba un resarcimiento del daño provocado por dicha infracción del ordenamiento.

Este escollo se resolvió negando la individualidad del interés, entendiendo el mismo como un derecho subjetivo reaccional. Así, cuando la actuación ilegal de la Administración interfiere en el ámbito particular del administrado, aparece en el mismo un derecho subjetivo a reaccionar frente a ese acto con el objeto de obtener el restablecimiento de su ámbito vital. De modo que para la impugnación de la actuación administrativa, no basta con alegar la ilegalidad de la misma, sino que además es necesario que se haya producido una lesión en la esfera particular del administrado⁴⁴⁵. De esta forma, cuando una persona es perturbada en la esfera de sus intereses particulares por la actuación ilegal de la Administración, dicha persona está apoderada por el ordenamiento jurídico con un derecho subjetivo orientado a la eliminación de la ilegalidad administrativa y a la reparación íntegra de sus intereses⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p.343.

⁴⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 53.

Así concebido el interés legítimo es como se encuentra hoy en el ordenamiento jurídico español. De lo que se concluye que lo que el ordenamiento denomina interés legítimo y que *a priori* aparece como algo alternativo al derecho subjetivo, es, en realidad, un auténtico derecho subjetivo.

La diferencia entre los derechos subjetivos típicos y los intereses legítimos o derechos subjetivos reaccionales, se encuentra en que los primeros preexisten al conflicto, mientras que los segundos aparecen como consecuencia del mismo; pero no se puede negar que en ambos casos estamos frente a auténticos derechos subjetivos⁴⁴⁷.

Los derechos subjetivos reaccionales o intereses legítimos se pueden clasificar en dos grandes grupos: los individuales y los colectivos. Se habla de *intereses individuales* en aquellas situaciones en que sólo se ve afectada, por la ilegalidad administrativa, la esfera jurídica de una persona, su esfera vital. En cambio, se hace referencia a los *intereses colectivos* en los supuestos donde la infracción

⁴⁴⁷ Resultan aquí muy clarificadora la explicación que encontramos en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p. 54: “(...) *El administrado es titular de derechos subjetivos frente a la Administración en dos supuesto típicos:*

1.º *Cuando ostenta pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida(...); podemos llamar a estos derechos subjetivos derechos típicos (por su identidad con los derechos clásicos del Derecho privado) o activos.*

2.º *Cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses; a estos derechos subjetivos podemos llamar reaccionales o impugnatorios.”*

administrativa excede la esfera personal por tratarse de bienes o derechos de disfrute colectivo, que se reconocen por afectar a grupos o categorías enteras de personas. Ejemplos de situaciones en que pueden verse afectados intereses colectivos pueden ser las medidas que vayan contra el medio ambiente o, también, una nueva reglamentación que afecte a determinado grupo de funcionarios. Los intereses colectivos, no obstante, no deben confundirse con la acción popular, que se concede a cualquier ciudadano para exigir al poder Ejecutivo el cumplimiento de la Ley (esta acción se concede con carácter muy excepcional en nuestro ordenamiento jurídico. El caso más representativo es la acción popular reconocida por la Ley del Suelo para la defensa de la legalidad urbanística).

La distinción entre los intereses individuales y los colectivos va a resultar crucial al tratar de definir cuándo un derecho subjetivo reaccional puede o no someterse a arbitraje de acuerdo con el criterio de la libre disponibilidad. Así por ejemplo, qué ocurrirá cuando una persona sea titular de un derecho subjetivo reaccional sobre el medio ambiente. En tal caso y considerando que el medio ambiente es un interés de la colectividad, el poder de disposición de la persona que pretende su reparación se ve limitado por el poder de disposición del resto de la comunidad. En consecuencia, para poder someter a arbitraje la cuestión deberá existir el consenso de toda comunidad, por el principio de no afectación a terceros que rige todo procedimiento, también el arbitral.

Esta explicación sobre los derechos subjetivos en Derecho administrativo tiene una gran trascendencia cuando se trata de estudiar la aplicabilidad del art. 2.1 LA en el ámbito del Derecho administrativo. En efecto, si la disponibilidad a la que se refiere el precepto alude a los derechos subjetivos, y los derechos subjetivos en Derecho administrativo tienen el mismo contenido abstracto que en Derecho privado, entonces parece posible, al menos, comenzar a hablar de la posibilidad de mantener el mismo criterio de arbitrabilidad para el arbitraje de Derecho privado y el de Derecho público.

5.1.3. La transacción

Una vez asentados estos puntos y admitidas las conexiones que se dan entre transacción y arbitraje en relación a la disponibilidad del objeto en el ámbito del Derecho privado, conviene ahora aclarar algunas cuestiones que en torno a estas conexiones han ido surgiendo y que han provocado confusión en lo que al arbitraje de Derecho público se refiere.

Al analizar el objeto del contrato de transacción en el Derecho privado se ha señalado que la regulación sobre la disponibilidad e indisponibilidad del objeto de la transacción debe extenderse también al arbitraje. Ello se debe, a la postre, al hecho de que las partes solo pueden disponer de los derechos subjetivos de los que son titulares. Por tanto, para poder transigir y para poder someter a arbitraje es necesario que las partes dispongan libremente del objeto.

Pero al hablar del Derecho público, la pregunta surge en torno a la posibilidad de trasladar el mismo esquema y equiparar el objeto de la transacción administrativa, que está directamente relacionado con el concepto de libre disponibilidad, al objeto del arbitraje.

Las posibilidades de la transacción administrativa fueron tradicionalmente rechazadas por la doctrina administrativa en base al limitadísimo poder de disposición de la Administración Pública. No obstante, dichas posibilidades son hoy ampliamente admitidas por nuestro ordenamiento jurídico, aunque, como se va a ver en seguida, no existe unanimidad entre los autores cuando se trata de definir el objeto de la transacción administrativa⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ El Consejo de Estado en Dictamen 46031, de 1 de marzo de 1984, reconoce expresamente la validez jurídica de las transacciones que tengan por objeto relaciones jurídico-públicas.

Atendiendo a la regulación que sobre la transacción y el arbitraje existe en el ordenamiento jurídico-público español, puede entreverse la intención del legislador de asemejar el objeto de la transacción al del arbitraje. Así, por ejemplo, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 31⁴⁴⁹, asimila la transacción al arbitraje en relación a los bienes del Patrimonio del Estado, en el sentido de exigir los mismos requisitos para transigir sobre ellos que para someterlos a arbitraje. Lo mismo ocurre en la Ley General Presupuestaria (art. 7.3), que autoriza la transacción y el arbitraje sobre los derechos de la Hacienda Pública Estatal pero a condición de que se cumplan una serie de requisitos que son los mismos para la transacción y para el arbitraje⁴⁵⁰. En el mismo sentido se encuentran las regulaciones que sobre este punto prevé la TRLCSP en relación a los contratos internacionales y la Ley General de la Seguridad Social⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 31 establece: *“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.”*

⁴⁵⁰ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria establece en su artículo 7.3: *“Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.”*

⁴⁵¹ El 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, en el apartado 3º de la Disposición Adicional Primera señala: *“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*

De modo que para poder dilucidar qué materias podrían ser susceptibles de arbitraje de Derecho público, parece imprescindible conocer qué materias pueden ser objeto de transacción administrativa. Sin embargo, la legislación administrativa tampoco establece expresamente cuáles son las materias susceptibles de transacción. Así, el art. 77 LJCA establece que:

“1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.”

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.” (El subrayado es nuestro)

Y el art. 86 de la Ley 39/2015, por su parte, señala:

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.”

Y el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en su art. 27.1 señala: *1. No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.*

“1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.”

De la lectura de estos preceptos, se deduce que existen unas materias susceptibles de transacción administrativa y otras que no lo son, sin embargo, el ordenamiento jurídico no aclara cuáles son estas últimas.

GONZÁLEZ PÉREZ entiende, y así ha sido asumido por la doctrina, que las materias susceptibles de transacción en el ámbito del Derecho Público serán aquellas sobre las que la Administración goce de cierto poder de disposición⁴⁵². Más en concreto, el Consejo de Estado (en dictamen núm. 46031, de 1 de marzo de 1984), admitió la posibilidad de que la transacción pudiera tener por objeto relaciones jurídico-públicas, cuando el objeto de la transacción versara sobre relaciones jurídicas susceptibles de disposición.

Sin embargo, no se encuentra en el ordenamiento jurídico-público una disposición que contenga un elenco de materias disponibles por la Administración, ni tampoco una opinión consensuada de la doctrina mayoritaria sobre este punto. Y es que, la

⁴⁵² GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 805.

Administración Pública no goza del mismo poder de disposición de que disfrutaban los particulares, en tanto la misma actúa siempre sujeta al principio de legalidad. Sin embargo, ello no quiere decir que no goce de poder disposición. Sobre el ámbito objetivo de la transacción administrativa, existen distintos posicionamientos doctrinales.

Algunos autores afirman que no hay *a priori* un ámbito del Derecho administrativo que deba quedar excluido de la transacción, salvo el que se refiere a las potestades regladas⁴⁵³.

FERNÁNDEZ MONTALVO, por su parte, considera que la materia solo es disponible:

*“cuando el ámbito de discrecionalidad administrativa permite que la Administración renuncie a su posición preeminente y fije de modo convencional el contenido de una resolución, los conflictos que surjan o la evitación de éstos pueden tener una solución transaccional; es decir cuando el ejercicio de los derechos de la Administración no viene indefectiblemente impuesto, sino que queda abandonado a su potestad discrecional.”*⁴⁵⁴

En la misma línea, se encuentra a GONZÁLEZ VARAS, que considera radicalmente excluidas del ámbito transaccional las potestades regladas⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Entre ellos destaca Tomás-Ramón FERNÁNDEZ.

⁴⁵⁴ FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *La jurisdicción Contencioso-Administrativa ante la revisión de los actos fruto de la transacción entre las partes: alcance de la previsión revisora. Análisis del art. 76 del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en ELORRIAGA PISARIK, G., *Convención y Arbitraje en el Derecho tributario*, IEF, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 130.

⁴⁵⁵ GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S. “La irrupción de las negociaciones y el derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitrajes” *Revista de Estudios*

LOPERENA ROTA y BUSTILLO BOLADO, en cambio, creen que no deben excluirse del ámbito de la transacción los actos reglados, como ponen de manifiesto los casos de estimación de cantidad que se encuadran en el ejercicio de potestades regladas⁴⁵⁶.

La mayor parte de los autores optan, pues, por descartar que la Administración Pública pueda transigir sobre los conflictos que surjan en torno al ejercicio de una actividad reglada, por tratarse de un ámbito en que la Administración no tiene ningún poder de disposición; así no parece posible hacer concesiones (en eso consiste esencialmente la transacción) en los asuntos estrictamente reglados.

Por otro lado, los autores defienden, a su vez, como ámbito idóneo de la transacción administrativa, la actividad discrecional, debido al poder de disposición que la ley otorga a la Administración en dicho ámbito. No obstante, lo que hay en este ámbito no es un

de la Administración Local y Autonómica, nº 286-287, 2001, p. 69: “*En principio, parece difícil, sino imposible imaginar la posibilidad de una transacción en los casos en que la Administración ejercite una potestad reglada (en este contexto habría que mencionar el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas). Los límites se referirían por tanto a aquellos casos en que se ejercite una potestad discrecional...*”

⁴⁵⁶ LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2000, pp. 239 y 240. En concreto el autor declara: “*Otro criterio orientador de la susceptibilidad de la transacción es referirla a actos discrecionales. Efectivamente algún margen debe tener la Administración para negociar con el particular el acuerdo transaccional. Y ese margen no se halla teóricamente excluido de los procedimientos que disciplinan los actos reglados. Así, entre los pocos casos que tenemos de expresa remisión al acuerdo convencional se hallan los actos reglados, como el justiprecio expropiatorio o la responsabilidad civil de la Administración. No parece, pues, que la transacción esté vedada para los actos reglados.*”

BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3ªed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 346.

verdadero poder de disposición como el que se entiende en el Derecho común desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad, pues la Administración carece de ella. Sino que lo que ocurre en el ámbito de la actividad discrecional es que la Ley otorga a la Administración cierto margen de maniobra, para poder decidir según mejor convenga al interés público, pero no dispone propiamente de lo que es objeto de su decisión, pues no es titular de ello⁴⁵⁷.

Así, mientras desde el prisma del Derecho privado, hay coincidencia entre la transacción y el arbitraje en relación al objeto, no ocurre así desde el prisma del Derecho público, pues aquí una de las partes no goza de autonomía de la voluntad.

Con independencia de que puedan considerarse más o menos acertadas las anteriores posturas doctrinales y de que se trate de arrojar luz sobre alguno de estos puntos en el siguiente apartado, hay que decir que, el que se haya venido asemejado la disponibilidad del objeto de la transacción a la del arbitraje no significa, en modo alguno, que arbitraje y transacción sean lo mismo.

En efecto, la transacción es un contrato oneroso por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que había comenzado. Por el contrario, y a diferencia de la transacción, el arbitraje no es un contrato, aunque tenga su origen en un contrato; y, en el arbitraje, las partes no ceden nada, sino que someten su contienda a un tercero imparcial, como lo harían a un juez, para que sea éste quien resuelva sobre su controversia.

⁴⁵⁷ BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3ªed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 346.

De modo que, mediante el arbitraje, las partes y, en concreto, la Administración Pública no estaría cediendo o prometiendo nada⁴⁵⁸. Tampoco estaría, en definitiva, renunciando a la fijación del interés general que tiene constitucionalmente encomendada, tal y como han alegado muchos administrativistas que se han manifestado su recelo a la implantación del arbitraje de Derecho Público sobre determinadas cuestiones, en concreto en lo que se refiere a los actos unilaterales de la Administración y las potestades administrativas⁴⁵⁹.

Naturalmente, afirmar que la Administración Pública no estaría renunciando a la fijación del interés general, supone haber aceptado el presupuesto afirmado en el capítulo anterior: que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, donde el árbitro ejerce la función de juzgar con los mismos efectos con que lo haría un juez. Ello implica que el

⁴⁵⁸ LOPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 2, 1999, p. 19: “Mediante el arbitraje, la Administración no cede, o se allana, o tolera, o abandona, el cumplimiento de la norma imperativa, sino que defiere la solución del conflicto a un órgano, que por hipótesis, cuidará de la legalidad y juridicidad conforme a los principios constitucionales.”

⁴⁵⁹ CORTADA ESTEVE, M., “El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 51, 1998, pp. 258 y 259. Aunando las potestades administrativas, los actos reglados y los actos unilaterales de la Administración, CORTADA ESTEVE subraya la imposibilidad de la técnica arbitral alegando exactamente lo mismo que TORNOS MAS, esto es la imposibilidad de que la Administración renuncie a defender el interés general, todo ello en base a la teoría de los actos separables. Así, la autora, argumenta que los actos separables no pueden someterse a arbitraje, pues la Administración no puede renunciar a fijar el interés general ni en la actividad preparatoria ni cuando ejecuta potestades administrativas –que en el ejercicio de las mismas dicta actos unilaterales, actos dotados de imperio o ejecutivos-. Y seguidamente concluye, por tanto, no serán arbitrables los conflictos que puedan surgir de la interpretación, ni de la validez o no de estos actos (...)

árbitro no se subroga en el papel de la Administración, sino que se limita a controlar la legalidad de la actuación administrativa⁴⁶⁰.

Así señaladas las diferencias entre arbitraje y transacción el análisis debe centrarse, pues, en la capacidad de la Administración Pública para celebrar un convenio arbitral. No porque el sometimiento a arbitraje suponga una renuncia a la fijación del interés general, que no lo supone, sino porque hay que plantear la duda de si la Administración, como representante del interés general, tiene la facultad de renunciar, no a dicho interés general, sino a la jurisdicción en favor de un árbitro.

Parece que, por la distinta naturaleza jurídica de la transacción y del arbitraje y por los desiguales efectos que producen, no todo lo excluido de la transacción tendría que estar necesariamente excluido del arbitraje; más aún, *“parece obligado reconocer que la prohibición para celebrar aquélla puede ser más estricta que la que pueda*

⁴⁶⁰ LOPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 2, 1999, pp. 16, 20 y 21: “La clave estriba en que el árbitro nunca se subroga en el papel de la administración; ésta la Administración, debe admitir todos los actos jurídicos que sean necesarios para dejar expresada su voluntad y cumplir su papel constitucional. El árbitro de derecho no ha de componer una solución administrativa, sino limitarse a controlarla, debiendo hacerlo desde los principios que informan el Derecho Administrativo, lo mismo que hace el juez contencioso. Sólo en estas condiciones podría ser admisible un Arbitraje de Derecho público.” Y antes señala: “...es preciso que la Administración mantenga intactas sus potestades para definir el interés general a través de sus actos, sin que esto pueda quedar confiado a la decisión de un tercero, que por añadidura no es un órgano judicial. De ello se desprende la necesidad, así lo entendemos, de articular ese arbitraje como un juicio revisor del acto administrativo previo. No se ve posible trasladar a esta sede la consabida tendencia a la dulcificación del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es preciso un acto administrativo previo que vincule de manera muy estricta el ámbito de la Litis sustanciada mediante el arbitraje.”

imponerse al arbitraje”⁴⁶¹. Por ello, no puede considerarse del todo acertada, en el ámbito del Derecho Público la equiparación que hace el legislador del arbitraje y la transacción en relación con el objeto.

La pregunta que surge inmediatamente es si el concepto de *libre disponibilidad* utilizado en la LA, que en la legislación administrativa se viene relacionando con la transacción, resulta válido para el arbitraje de Derecho Público. Algunos autores han rechazado radicalmente la posibilidad de trasladar ese criterio sobre la disponibilidad al ámbito del Derecho público, en base a la ausencia de autonomía de la voluntad en la Administración Pública. En concreto, MARESCA LASA, afirma, que:

*“partiendo de esa inexistencia de autonomía de la voluntad y libertad en el Derecho Administrativo, no parece que sea oportuno y posible la aplicación del concepto jurídico de libre disponibilidad sobre los derechos subjetivos de las partes.”*⁴⁶²

Y, así enfocado, el razonamiento de MARESCA LASA, desde la perspectiva de la Administración Pública, aparece muy acertado. Sin embargo, se considera trascendente, mantener un criterio único y general que abarque toda clase de arbitrajes y que venga recogido en la Ley de Arbitraje; pues el arbitraje es una institución con una naturaleza jurídica autónoma, y la LA que lo regula se erige como norma básica de la institución. En consecuencia, la LA se constituye como la norma suplementaria a las Leyes específicas que puedan promulgarse. Por ello, resulta primordial que, aunque puedan existir diferencias entre el arbitraje privado y el arbitraje público, por razón

⁴⁶¹ LOPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 2, 1999, p. 19.

⁴⁶² MARESCA LASA, A. , *El arbitraje administrativo*, UB, Barcelona, 2005, p. 385.

del Derecho aplicable en cada caso, las bases de la institución sean comunes a ambos tipos de arbitraje.

Pues bien, el art. 2.1 LA recoge una de las esencias del arbitraje que es la voluntariedad; así, uno sólo puede someter a arbitraje aquello de lo que es titular. Si, al cambiar el ámbito de aplicación del arbitraje, se rompe con este criterio general, se rompe con el fundamento y motor del arbitraje y el arbitraje queda desnaturalizado.

Así, en torno a la posible aplicación del art. 2.1 LA a un eventual arbitraje de Derecho Público, conviene hacer dos matizaciones antes de llegar a una conclusión.

En primer lugar, en cuanto a la Administración Pública, en tanto sometida a la Ley y al Derecho por mandato constitucional (art. 103.1 CE), esta deberá acudir al arbitraje si la Ley así lo dispusiera. De modo que una de las voluntades en el arbitraje de Derecho público sería la voluntad popular cuya expresión material es la Ley.

Y, en segundo lugar, en relación al criterio de arbitrabilidad recogido en la LA. Recuérdese que el art. 2.1 LA por el que se declara que *“son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”*, significa que solo podrán ser objeto de arbitraje las pretensiones fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos.

En consecuencia, el art. 2.1 LA tendría aplicabilidad en el ámbito del arbitraje de Derecho Público circunscrito a una de las partes, al particular o administrado afectado. Y es que, aunque la Administración Pública es titular de verdaderos derechos subjetivos, sin embargo, no parece oportuno otorgarle ese margen de discrecionalidad consistente en la renuncia a la vía jurisdiccional: existiría el riesgo de que la Administración cometiera un error y sometiera a arbitraje alguna cuestión en que los derechos subjetivos de los ciudadanos se vieran afectados. Esto, sin duda, podría suponer una vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo cual no es asumible.

Por todo lo anterior, lo más prudente y eficaz es que únicamente puedan someterse a arbitraje de Derecho público aquellas pretensiones fundadas en derechos subjetivos de los particulares. De modo que, cuando así lo decidiese el particular que afirma la titularidad de un derecho, la AP tendría, por disposición legal, que acudir obligatoriamente al arbitraje. A esto podría oponerse, que no existe ningún derecho subjetivo en que no esté en juego un derecho-obligación de la AP. Y es cierto, por ello solo sería admisible el arbitraje en las situaciones en que ese derecho-obligación se circunscribiera al exclusivo ámbito de los intereses privados del oponente.

Es decir, el criterio de disponibilidad de la LA, trasladado al ámbito de las relaciones jurídico-públicas, significaría que solo podrían someterse a arbitraje las pretensiones fundadas en la afirmación de derechos subjetivos de los particulares teniendo, por su parte, la Administración demandada que acudir al arbitraje cuando el administrado así lo solicite en el ejercicio de sus derechos subjetivos.

5.1.4. El principio de justicia rogada o principio dispositivo

Siguiendo la línea argumental utilizada para analizar el concepto de disponibilidad desde la perspectiva del Derecho privado, procede abordar a continuación el análisis del principio dispositivo o de justicia rogada desde el prisma del Derecho administrativo. Como se ha dicho, el derecho subjetivo es el fundamento y razón de ser del principio dispositivo que rige el Derecho procesal español, también en el ámbito del procedimiento contencioso-administrativo.

En virtud del principio dispositivo, la parte solo puede pretender la tutela de los tribunales contencioso-administrativos, en tanto en cuanto afirme ser titular de un derecho subjetivo típico o reaccional y, en consecuencia, alegue la obligación de la parte demanda de restituirle en el mismo. La facultad para ejercitar una acción no es sino una manifestación del poder de disposición que conlleva todo derecho subjetivo. Así, en el proceso contencioso-administrativo, como en el

proceso civil, el principio dispositivo encuentra su razón de ser en la existencia previa de los derechos subjetivos (típicos o reaccionales) que ostentan los administrados frente a la Administración. Es pues en los derechos subjetivos, típicos y reaccionales, donde la legitimación, como presupuesto procesal encuentra su justificación⁴⁶³.

El principio dispositivo en el ámbito del proceso contencioso-administrativo tiene las mismas expresiones principales que en el proceso común, esto es: la actividad jurisdiccional solo puede promoverse a instancia de parte, la facultad exclusiva de las partes para determinar el objeto del proceso, el principio de congruencia, y la libertad para poner fin al procedimiento⁴⁶⁴.

Estas reflexiones en torno al principio dispositivo en el proceso contencioso-administrativo son de una gran trascendencia en esta investigación. Así, entendido, si se traslada el principio dispositivo al ámbito del arbitraje queda avalada la tesis de que solo podrán someterse a arbitraje de Derecho público aquellas pretensiones fundadas en la afirmación de derechos subjetivos, pues sólo de ellos se dispone realmente.

5.2. La arbitrabilidad en el Derecho Público

El objeto del arbitraje, tal y como se ha visto con anterioridad, no son ni las materias, ni las controversias, ni tampoco los conflictos,

⁴⁶³ Con esto se quiere subrayar que la legitimación activa siendo un requisito procesal, no tiene una naturaleza procesal en sentido estricto, “*sino que es identificable con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso*”, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 627.

⁴⁶⁴ Véase lo expuesto con mayor profundidad en el apartado dedicado al principio dispositivo desde la perspectiva del derecho común.

sino que lo que es verdaderamente objeto de arbitraje es la pretensión, en tanto en cuanto la mera existencia de una controversia o de un conflicto intersubjetivo no supone el despliegue de la maquinaria jurisdiccional o arbitral, sino que para que eso suceda, es necesaria la formulación de una pretensión.

El árbitro emitirá su laudo en base a las pretensiones de las partes. Las pretensiones en Derecho Administrativo pueden fundarse tanto en la afirmación de un derecho subjetivo típico como en la alegación de un interés legítimo⁴⁶⁵.

Por lo que el objeto del arbitraje en el ámbito del Derecho Público es, a la postre y en esencia, el mismo que en Derecho privado, pues el objeto del procedimiento no es sino una pretensión ejercitada por la parte legitimada para ello en virtud de la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo ya sea típico o reaccional.

5.3. La voluntariedad

La voluntariedad como principio rector del arbitraje, como esencia y motor del mismo, debería mantenerse en el arbitraje de Derecho público. Descartar la voluntariedad supondría desnaturalizar la institución arbitral y, entonces, no se estaría frente a un verdadero arbitraje, sino frente a otro procedimiento alternativo a la vía jurisdiccional distinto del arbitraje, aunque con algunas notas de este.

Para que sea verdadero arbitraje tiene que existir un auténtico acuerdo de voluntades. En el arbitraje de Derecho público, ese acuerdo de voluntades se configuraría como sigue: por un lado,

⁴⁶⁵ El artículo 19.1 a) de la LJCA establece:

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

concurriría la voluntad de la Administración mediante una habilitación legal para acudir obligatoriamente a arbitraje en caso de que así lo solicitase el administrado; y, por otro, concurriría la manifestación expresa de la voluntad del particular para que su pretensión basada en la afirmación de una titularidad de un derecho subjetivo típico o reaccional, sea sometida a arbitraje.

De modo que también en el arbitraje de Derecho público, será necesario un convenio arbitral donde quede expresamente manifestada la voluntad de las partes de acudir al arbitraje. El convenio arbitral, en tanto tiene un carácter contractual, está regido por las normas generales de los contratos y, como en todo contrato, el consentimiento es un requisito esencial de validez. Las partes contendientes, por otra parte, solo pueden contratar sobre aquello de lo que pueden disponer, lo que significa que deben quedar fuera del convenio arbitral los derechos de terceros ajenos al mismo.

En consecuencia, únicamente podrá promoverse el arbitraje cuando no se vean implicados en la contienda los intereses de terceros. Esta es una exigencia básica del principio de voluntariedad del arbitraje y, más concretamente, de los contratos.

Este criterio de no afectación a terceros es, sin duda, esencial para dilucidar las posibilidades de un arbitraje de Derecho público⁴⁶⁶. Con esto, por tanto, se niega la posibilidad de someter a arbitraje pretensiones que se funden, por ejemplo, en la impugnación de

⁴⁶⁶ Este criterio de no afectación a terceros, para dilucidar las cuestiones arbitrables en Derecho público, ha sido aplaudido por buena parte de la doctrina, entre la que encontramos a BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3ªed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010; GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; y FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 35, 1999.

disposiciones generales (como son los reglamentos), o de actos administrativos dirigidos a una pluralidad de personas (como puede ser una convocatoria de oposiciones), pues en estos casos se verían afectados por el arbitraje intereses de terceros que no habrían consentido en el mismo y a los que se les estaría negando el derecho a la tutela judicial efectiva. Quedan fuera, también, del ámbito del arbitraje aquellas cuestiones que pueden ser objeto de acción popular, así como las que fueran de interés colectivo, de acuerdo con la distinción vertida antes entre intereses individuales e intereses colectivos, salvo que las organizaciones o colegios profesionales representantes de dichos intereses hubieren accedido a acudir a arbitraje.

5.4. La actividad discrecional y la actividad reglada de la Administración Pública.

Procede ahora abordar una cuestión sobre la que no hay unanimidad entre los autores: el sometimiento a arbitraje de la actividad reglada y de la actividad discrecional de la Administración.

Los autores pueden clasificarse en dos grandes grupos: por un lado, los que consideran arbitrables los actos reglados y excluidos del arbitraje los actos discrecionales⁴⁶⁷; y, por otro, los que defienden, justamente lo contrario, es decir, que la actividad reglada de la Administración debe, en todo caso, quedar excluida del arbitraje, y

⁴⁶⁷Entre los que destacan: FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 35, 1999, p. 18. MARESCA LASA, A., *El arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005, p. 402. La autora defiende la arbitrabilidad de la actividad discrecional de la Administración en sus aspectos reglados.

que son precisamente las potestades discrecionales el ámbito idóneo del arbitraje⁴⁶⁸.

Son mayoría los autores que, en base al principio de legalidad, se han pronunciado en contra de la arbitrabilidad de las pretensiones que tengan por objeto la actividad reglada de la Administración. Sin embargo, es precisamente la actividad reglada la que presenta menos problemas. Y es que, partiendo de la premisa de la constitucionalidad del arbitraje de Derecho público, y en consecuencia, del presupuesto de que el árbitro es un juzgador alternativo al juez predeterminado por la Ley, no queda justificado porque precisamente la actividad reglada debiera quedar excluida del arbitraje.

Pues es justamente en el ámbito de los actos reglados donde el árbitro puede más fácilmente enjuiciar si la actividad de la Administración se ha ajustado o no a lo preceptuado por la ley. El árbitro no puede aquí hacer más que comprobar la adecuación de la Administración al principio de legalidad, y dicho control no resulta muy complicado cuando la ley no deja margen a la discrecionalidad. El árbitro, en estos casos, no sustituye a la Administración en el ejercicio de las potestades regladas, sino que a quien sustituye es al juez que controla que la actividad administrativa sea conforme a la ley.

⁴⁶⁸ Entre los que se encuentran: ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1996; TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº. 143, pp. 99 y ss., se pronuncia en contra de que los actividad reglada de la Administración pueda someterse al arbitraje; MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^a, *Tratado de Derecho Arbitral*, Civitas, Cizur Menor, 2014; FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P., AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de una alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo, II*; CGPJ, Madrid, 2004.

El ámbito de la actividad discrecional de la Administración es un terreno algo más pantanoso. Los autores contrarios a la arbitrabilidad de las pretensiones sobre la actividad discrecional, alegan que no puede encomendarse a un particular la fijación del interés público⁴⁶⁹. Y es que en la actividad discrecional la Administración está habilitada legalmente a decidir qué es lo más conveniente para el interés público en el caso concreto. Los partidarios de la arbitrabilidad de las pretensiones sobre la actividad discrecional, por otro lado, alegan que es un ámbito idóneo, pues es donde la Administración ejerce su actividad convencional, y, por tanto, donde tiene una mayor disponibilidad sobre las cuestiones.

En el control de la discrecionalidad administrativa, en virtud del artículo 117.1 CE, los jueces y tribunales están sometidos únicamente al imperio de la ley, por lo que el control que ejercen sobre la Administración es de carácter estrictamente jurídico⁴⁷⁰. Conviene recordar, por tanto, que el control judicial de la actividad discrecional de la Administración se extiende exclusivamente al control de los aspectos reglados de dicha actividad, al control de la desviación de poder, al control sobre los hechos y la adecuación al Derecho en su apreciación, a la comprobación de que han sido respetados los principios generales del Derecho⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 35, 1999, p. 18: “La discrecionalidad no es el campo propio del arbitraje. El interés público no puede someterse a arbitraje...La valoración del interés público no puede quedar sometida al control de un árbitro.”

⁴⁷⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 157.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 159 “En consecuencia, y recapitulando, el control judicial de la discrecionalidad administrativa sólo se puede extender, a parte de los aspectos reglados específicos que resultasen de las normas jurídicas aplicables en cada caso y con una u otras peculiaridades según los supuestos de discrecionalidad, al control

Pues bien, en el arbitraje ocurriría exactamente lo mismo: el control del árbitro no podría excederse de lo estrictamente jurídico y tendría los mismos límites que el control judicial. Así, por ejemplo, la ley exige que la decisión discrecional tenga una *motivación adecuada* a la naturaleza de la misma, por lo que el árbitro, de igual manera en que lo haría un juez, en caso de ausencia o deficiencias en la motivación, no podrá entrar a valorar la adecuación del acto a Derecho, sino que deberá limitarse a anularlo por infracción de las formas esenciales debido a la falta de motivación.

Se comprende el recelo de algunos autores de someter a arbitraje la actividad discrecional de la AP, si se entiende que el árbitro tiene como función sustituir a la actividad de ésta en la fijación del interés general. Sin embargo, esa desconfianza debiera desvanecerse en el momento en que se aceptara el arbitraje como un equivalente jurisdiccional en que el árbitro sustituye no a la Administración, sino al juez. Así, ni el árbitro, ni el juez, sustituyen a la Administración al controlar su actividad discrecional, sino que uno y otro se limitan a fiscalizar con parámetros estrictamente jurídicos dicha actividad, sin que puedan adoptar, en modo alguno, decisiones administrativas o de carácter político.

de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al del error de derecho que derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto de los principios generales del derecho, incluido el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales.”

6. Conclusión

La labor de determinar el criterio de arbitrabilidad para las cuestiones de Derecho público no ha sido fácil. Sin embargo, a la postre, la conclusión no resulta, a mi parecer, compleja, sino sencilla y prometedora, en cuanto a que abre la puerta al arbitraje en el ámbito de las relaciones jurídico-públicas.

Se trata, pues, en primer lugar, de mantener un criterio general de arbitrabilidad, que englobe todas las cuestiones susceptibles de ser sometidas a arbitraje, evitando el riesgo que implicaría proponer una lista cerrada de cuestiones arbitrables, pues inevitablemente siempre quedarían olvidadas y fuera de esa lista algunas cuestiones, que, sin embargo, por su naturaleza sí serían arbitrables.

Además, ese criterio general de arbitrabilidad sería único para todo tipo de arbitrajes, con independencia de que luego se puedan prever excepciones en la legislación especial, por razones de oportunidad legislativa. Así, el mantenimiento de un criterio general único, responde a las exigencias que se derivan de la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje.

En esencia, se trata de mantener el criterio sobre la disponibilidad asentado por el art. 2.1 LA y el criterio de la voluntariedad proclamado por el art. 9.1 del mismo texto legislativo.

Serán, por tanto, susceptibles de arbitraje de Derecho público aquellas pretensiones fundadas en la afirmación, por parte del administrado, de la titularidad de un derecho subjetivo típico o de un interés legítimo individual (auténtico derecho subjetivo, como se ha visto), y siempre y cuando dicho derecho o interés legítimo no afecte a los intereses de terceros.

Así, en aquellos supuestos donde se da una relación jurídico-pública fundada en un derecho subjetivo de carácter individual, allí donde la actividad o inactividad de la Administración pública provoca el nacimiento en el administrado de un derecho subjetivo o interés legítimo concreto que solo afecte a la esfera jurídica vital del

administrado; en esos casos, siempre que exista una habilitación legal y que el ciudadano así lo solicite expresamente, será adecuado el arbitraje, aun cuando el Derecho a aplicar tenga un carácter público⁴⁷².

Si se atiende a la postura propuesta, el lector podrá adivinar que la misma engloba buena parte de las cuestiones presentadas como arbitrables por los autores partidarios de una lista cerrada, así como la recogida en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Arbitraje Administrativo. Así, por ejemplo, PEREZ MORENO recoge como materias susceptibles de arbitraje:

- a) *“Las susceptibles de transacción.*
- b) *La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.*
- c) *La determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminados.*
- d) *La interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales.*
- e) *La concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de la legislación de urbanismo, protección de medio ambiente, ordenación del territorio y, en general, en todas las modalidades de planificación sectorial.*
- f) *Las demás que establezcan las normas legales.”*⁴⁷³

⁴⁷² Recuérdese que una postura parecida a la manifestada adoptó FERRET JACAS, sin embargo, su pronunciamiento resulta confuso por generalista, y en detalle puede resultar contraria de la postura aquí defendida, pues de la lectura de su pronunciamiento podría deducirse que el Derecho a aplicar en las situaciones que describe es el Derecho Privado. Véase FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 35, 1999, pp. 17 y 18.

En el mismo sentido, TRAYTER JIMÉNEZ, al enumerar la lista de materias arbitrables, dice expresamente que:

“el hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje será el de los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración (...)”

y entre ellos destaca:

- a) *“Los contratos administrativos típicos,*
- b) *Los contratos administrativos atípicos,*
- c) *Los contratos privados de la Administración,*
- d) *Los convenios entre Administraciones Públicas,*
- e) *Los convenios colectivos en la función pública,*
- f) *Los convenios urbanísticos,*
- g) *Los convenios expropiatorios,*
- h) *El acuerdo indemnizatorio como finalización del procedimiento de determinación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,*
- i) *La terminación convencional en materia sancionatoria,*
- j) *La concesión de ayudas y subvenciones públicas,*

⁴⁷³ PÉREZ MORENO, A., “El arbitraje Administrativo”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 43, 2001, p. 298. Aunque no afecta a la esencia de lo que aquí se ha analizado, conviene apuntar, sin embargo, que el autor al hacer su propuesta lo hace pensando en un procedimiento alternativo al recurso administrativo.

- k) *La terminación convencional de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones,*
- l) *(...) los conciertos educativos y sanitarios, las reclamaciones y convenios tributarios (...)*⁴⁷⁴

El denominador común de estas listas es, en realidad, la existencia de un derecho subjetivo. Ambos autores se están refiriendo a cuestiones en que el reclamante aparece como titular de un derecho subjetivo, cuya reparación exige a la Administración, y en que, además, solamente se ve afectada la esfera vital de intereses de dicho reclamante.

El mismo análisis, puede hacerse, en líneas generales, de la propuesta del Borrador de Anteproyecto de Ley de 21 de diciembre de 2001, que señalaba en su artículo 3 como materias susceptibles de arbitraje:

- a) *La ejecución e interpretación de los contratos de las Administraciones Públicas sometidos al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.*
- b) *La aplicación de los convenios celebrados entre las Administraciones Públicas y personas privadas, físicas o jurídicas, excluidos del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de conformidad con su artículo 3.*

⁴⁷⁴ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997, pp. 95 y ss.

- c) *La determinación de la cuantía de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*
- d) *La determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo.*

Cualquier actuación que ponga fin a un procedimiento administrativo que, conforme a su normativa reguladora, pueda finalizar mediante un convenio con los interesados en las condiciones previstas en el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, con independencia de que se produzca o no la terminación convencional.

Las palabras de GARCÍA PÉREZ, en torno a la cuestión, resultan reveladoras: “*Ambas propuestas (la de PÉREZ MORENO y la del Borrador de Anteproyecto de Ley) recogen con bastante exactitud las materias sobre las que la doctrina coincide en afirmar su disponibilidad (...)*” y es que, ¿qué es lo disponible si no los derechos subjetivos de los que uno es titular?

Por otro lado, la mera comparación de los tres ejemplos expuestos de propuestas de listas cerradas de materias, evidencia el riesgo de dejar al margen del arbitraje cuestiones que podrían ser arbitrables, pues, en efecto, las tres listas no coinciden al cien por cien.

En resumidas cuentas, el criterio aquí propuesto para el arbitraje de Derecho Público, que no es otro, que el de la propia LA, recogería, aquellas pretensiones fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos, entre las que se encontrarían, por supuesto: las de carácter patrimonial (ya consista en una reclamación de cantidad en el ámbito de un contrato o convenio administrativo, ya en la determinación de un justiprecio en el ámbito de la expropiación forzosa o de una indemnización de responsabilidad patrimonial), las que traigan causa en la ejecución e interpretación de reglas sobre

prestaciones bilaterales, en la concreción de conceptos fácticos legalmente indeterminados, en la fijación de cuestiones técnicas, etc., con independencia de que dichos derechos surjan a partir del ejercicio de una potestad administrativa (expropiatoria, sancionadora, tributaria etc.) o de que sean consecuencia del ejercicio unilateral de la administración, y sin perjuicio, a su vez, de que el derecho subjetivo reivindicado derive del ejercicio de una potestad discrecional o de una potestad reglada.

El único límite objetivo al arbitraje de Derecho público, por tanto, es el que establece el principio de no afectación a terceros, que se deriva, de una parte, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, de otra, del principio de voluntariedad del arbitraje, el cual encuentra su justificación en el principio de disponibilidad. Así, no podrán someterse a arbitraje las pretensiones en que los intereses de terceros se vean afectados a menos que esos terceros hayan consentido o solicitado el arbitraje⁴⁷⁵.

Partiendo de estos principios, las cuestiones que en ningún caso podrán ser objeto de arbitraje son:

a) *La impugnación de disposiciones de carácter general.* Un reglamento, por ejemplo, no podrá impugnarse ante la vía arbitral, debido a su naturaleza normativa pero, sobre todo, por verse en la misma afectos los intereses de terceros.

b) *La impugnación de actos administrativos dirigidos a una pluralidad de personas.* En efecto, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva un acto administrativo dirigido a una pluralidad de personas no podrá someterse a arbitraje, a menos que todos los

⁴⁷⁵ HENÁNDEZ- GIL ÁLVAREZ CIENTUEGOS, A., *Título I*, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 131.

p. 131.

destinatarios del acto manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido. Así, por ejemplo, una convocatoria de oposiciones, al ser un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de personas, implica que ninguna de ellas tenga pleno poder de disposición sobre el objeto del conflicto y que, por tanto, no pueda someterse a arbitraje.

c) *Los intereses colectivos.* Por los mismos motivos no podrán ser objeto de arbitraje aquellas pretensiones que se funden en intereses colectivos, salvo que el representante de la colectividad estuviera autorizado por el colectivo para decidir sobre el recurso al arbitraje.

d) *Las cuestiones sobre las que la ley prevé la posibilidad de ejercicio de la acción pública.* En los casos en los que el ordenamiento prevé la posibilidad de ejercicio de la acción pública, por ser ilimitado el número de potenciales recurrentes, y en aras a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de esos potenciales recurrentes, resulta inadmisibles la admisión del recurso al arbitraje en este tipo de cuestiones.

e) *Las cuestiones en que con arreglo a la Ley, sea preceptiva la intervención del ministerio fiscal.* La razón de inadmitir el arbitraje en las controversias donde resulta preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal no es otra que la de que cuando la Ley prevé la intervención del ministerio público lo hace precisamente en interés de la legalidad y, por tanto, en el interés de todos. Y en esos supuestos parece claro, que el interés de terceros puede verse afectado por la controversia, de modo que no se puede negar, aunque sea indirectamente, el derecho a la tutela judicial efectiva a esas terceras personas interesadas.

Cuestión distinta es que el legislador, por razones de política jurídica o de oportunidad legislativa, decida excepcionar del arbitraje algunas cuestiones jurídico-públicas concretas, aun cuando existan derechos subjetivos plenamente disponibles. No obstante, el legislador deberá establecer expresamente dicha exclusión, pues se tratará, al fin y al cabo de una prohibición, la de someter a arbitraje una cuestión, lo cual implicaría limitar el poder de disposición de los administrados sobre sus derechos subjetivos.

Por consiguiente y a modo de resumen, las conclusiones de este estudio son:

- 1) Que el criterio de disponibilidad de la LA como criterio delimitador del ámbito de aplicación material de la Ley, implica que podrán ser objeto de arbitraje aquellas pretensiones que se funden en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos.
- 2) Que entendido así el concepto de *libre disponibilidad*, es posible el sometimiento a arbitraje de cuestiones de Derecho público, cuando la pretensión se funde en la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo por parte del administrado, en cuyo caso, y siempre que así lo solicite el particular, la Administración deberá acudir forzosamente al arbitraje. De modo que el arbitraje de Derecho público debe entenderse abarcado por el criterio delimitador de la LA.
- 3) Quedarían en todo caso excluidas del arbitraje aquellas pretensiones donde puedan verse afectados los intereses de terceros.
- 4) Sería necesaria una previsión legal que disponga expresamente que en los casos en que así lo solicite el administrado, respetando el criterio de la disponibilidad, la Administración deberá en todo caso acudir al arbitraje.
- 5) Aun cuando la LA podría comprender el arbitraje de Derecho Público, nada impide que por razones de sistemática legislativa, se prevea una ley especial que recoja todas las especialidades. En dicha Ley especial de arbitraje de Derecho público, podrían preverse las excepciones al régimen general de disponibilidad que se consideren oportunas por razones de política legislativa.

Por tanto, es completamente viable desde el punto de vista jurídico sometimiento a arbitraje de las controversias de Derecho Público, y entenderlas comprendidas en el criterio de arbitrabilidad de la LA. Las especialidades que el arbitraje de Derecho público pueda presentar, por el hecho de que una de las partes sea la AP y que el Derecho a aplicar tenga carácter público no suponen, en modo alguno, una desnaturalización de la institución, como no ocurre en el contrato administrativo, que, a pesar de sus especialidades sigue siendo un contrato, porque se respetan los elementos esenciales de la institución que, en ambos casos, resulta ser la voluntariedad.

Conclusiones generales

Para terminar se presenta en esta última parte del documento el apartado dedicado a recoger las principales conclusiones que se han alcanzado en esta investigación:

i. El arbitraje encuentra su fundamento y justificación en la libertad. El mandato constitucional por el cual se ordena a los poderes públicos promover y garantizar la libertad del individuo, se encuentra materializado en la institución arbitral. Y es que se trata de que en tanto no se vean afectados los intereses de terceros, las partes en una controversia puedan elegir el método de resolución de conflictos que más convenga a sus intereses, ya fuere el juez predeterminado por la ley, ya el tercero imparcial por las partes escogido. El arbitraje no se justifica en razones de conveniencia u oportunidad, sino en algo tan trascendental como es la libertad del individuo. Por lo que el estudio del arbitraje en el ámbito de Derecho público es obligado, en tanto exista una posibilidad, por pequeña que sea, de poder aumentar las cotas de libertad de las personas.

ii. El arbitraje tiene una naturaleza jurídica autónoma. La autonomía del arbitraje se infiere del hecho de que, como institución, puede ser interpretada desde sí misma, pues goza de unos rasgos definidores que la hacen genuina aun cuando está de hecho conformada por otras instituciones ya existentes y reconocidas jurídicamente como son el contrato y el proceso. Afirmar la naturaleza jurídica del arbitraje contribuye a despejar las dudas en relación con el contenido esencial del mismo.

iii. Los elementos esenciales del arbitraje son dos: el principio de voluntariedad y el carácter público de sus efectos. Sin la concurrencia de estos dos elementos, la institución arbitral quedaría

desnaturalizada. La delimitación conceptual del arbitraje es fundamental, para poder distinguirlo de otras figuras afines a las que el legislador y la doctrina han dado en calificar de arbitrajes pero que no lo son realmente. El arbitraje es, pues, un medio de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial, por el cual dos o más personas deciden voluntariamente someter su controversia a la decisión de un tercero imparcial distinto del juez predeterminado por la ley. Ello implica que el arbitraje es arbitraje con independencia del carácter público o privado del Derecho aplicable a la controversia.

iv. Se detecta, en este sentido, una falta de rigor en el legislador al calificar de arbitraje procedimientos que, por no reunir uno de los elementos esenciales, no son arbitrajes propiamente dichos. Lo cual ha cooperado a crear confusión en torno a la institución arbitral en el ámbito del derecho administrativo.

v. El arbitraje de Derecho público es un mecanismo de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción contencioso-administrativa, por el que un tercero imparcial, elegido por las partes, resuelve conforme a Derecho conflictos de Derecho administrativo existentes, generalmente, entre un administrado y una Administración Pública, siendo la opción por el procedimiento arbitral potestativa para el administrado y, una vez que se ha producido esta elección del administrado, obligatoria para la Administración. De esta definición se infiere, que lo fundamental en el arbitraje de Derecho público, que lo distingue del arbitraje de Derecho privado, es el carácter público de la normativa aplicable a la controversia.

vi. El arbitraje de Derecho público tiene perfecto encaje constitucional en el ordenamiento jurídico español, al no contrariar ni el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el principio de reserva jurisdiccional y respetar, de igual modo, los artículos 103.1 y 106.1 CE.

El derecho a la tutela judicial efectiva del particular queda salvaguardado por el principio de voluntariedad que rige el arbitraje,

en virtud del cual ninguno podrá ser obligado a acudir al arbitraje. De modo que el interesado afectado es libre de decidir si prefiere la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa o la vía del arbitraje. Las Administraciones Públicas, por su parte, gozan atípicamente del derecho a la tutela judicial efectiva. Pues ellas lo ostentan frente al poder judicial, no frente al poder legislativo, al que están completamente sometidas por mandato constitucional, en virtud del principio de legalidad.

El principio de monopolio jurisdiccional no es una traba a la implantación de un sistema de arbitraje, alternativo a la vía judicial, tal como ha tenido ocasión de reiterar en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional. Y es que este principio queda salvaguardado por dos elementos fundamentales: por un lado, que el juez sigue siendo el titular exclusivo de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado y, por otro, por la existencia de la acción de nulidad, como medio de control jurisdiccional.

La misma acción de nulidad sirve también para garantizar el control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa, de acuerdo con el art. 106.1 CE. Pues el término control es un concepto constitucionalmente indeterminado, que permite graduación. Tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el precepto no ha determinado cuáles han de ser los instrumentos procesales que hagan efectivo ese control. Así pues, ese control vendría ejercido en todo caso por la acción de anulación. En la misma línea, no debe olvidarse, además, que el sentido originario del precepto era no dejar zonas exentas de control de la actividad administrativa, no tanto que fuera el poder judicial el que ejerciera el mismo.

El arbitraje de Derecho público respeta la obligación de la Administración de servir a los intereses generales con sujeción al principio de legalidad proclamado en el art. 103.1 CE, por cuanto el arbitraje de Derecho público debe preverse por Ley como obligatorio para la Administración. Y es que la Administración no tiene más voluntad que la Ley, de modo que si la Ley determina el recurso al arbitraje en determinados casos cuando libremente lo solicite el particular, ésta deberá acudir al mismo. Por otra parte, no puede

decirse que, mediante el arbitraje, la Administración esté renunciando a la fijación del interés general: porque el árbitro no sustituye a la Administración en la fijación del mismo, sino al juez en el examen de legalidad.

vii. El arbitraje de Derecho público está ya expresamente reconocido por la legislación administrativa española, aun cuando no ha tenido una aplicación práctica. La Ley General Presupuestaria y la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, son buenos ejemplos de ello. Esto quiere decir que el legislador, a diferencia de la doctrina, no ha encontrado obstáculos constitucionales para someter cuestiones de Derecho público a procedimientos alternativos y sustitutivos de la vía judicial, ya sean estos arbitrajes *strictu sensu* o arbitrajes impropios. Pues lo relevante es que la ley contempla la posibilidad de que la resolución de las controversias a las que es de aplicación el Derecho administrativo, se someta a medios alternativos a la vía judicial. Obligando, incluso, en algunos casos, a la Administración a hacerlo, como ocurre en el caso de la DA de la Ley 11/2011, de 20 de mayo.

viii. El tratamiento que recibe el arbitraje de Derecho público en el ordenamiento jurídico español, difiere en mucho del que el mismo recibe en Estados Unidos, Francia e Italia. El liberalismo de EE.UU ha implicado que el arbitraje de Derecho público no haya provocado grandes discusiones doctrinales y que su regulación por la *Administrative Dispute Resolution Act (ADR Act)* haya tenido una positiva acogida. La norma no establece un criterio de arbitrabilidad, pero sí que establece los límites al mismo, entre los que destacan: el principio de no afectación a terceros, que el asunto afecte a trascendentes cuestiones de política de Estado o que sea necesaria una publicidad absoluta del procedimiento, en esos casos el competente exclusivo para conocer de ellos será el poder judicial. Desde el ordenamiento jurídico español debe observarse y estudiarse esta opción del legislador americano por delimitar negativamente el ámbito

de aplicación del arbitraje, pues permite realizar un examen individual de la idoneidad de someter a arbitraje una determinada cuestión.

ix. El sistema francés, en contraste con el sistema norteamericano, contiene un principio de interdicción del recurso al arbitraje de las personas morales de Derecho público (art. 2060 *Code Civil*). No obstante, la cantidad de excepciones al precepto que se encuentran en su panorama legislativo dan muestra del interés que el legislador tiene por la implantación de la institución en Derecho administrativo.

x. Italia, por su parte, autoriza expresamente el arbitraje en el ámbito jurídico-público. En concreto, el art. 12 del *Codice del Processo Amministrativo* permite el sometimiento a arbitraje de los derechos subjetivos que estuvieren encomendados a la jurisdicción del *giudice amministrativo*. Esta opción del sistema italiano, aunque necesita ser estudiada en profundidad para delimitar su alcance, resulta la más acertada de entre las analizadas comparativamente pues, en parte, acierta a captar la individualidad que existe en algunas cuestiones regidas por el Derecho público.

xi. El ámbito de aplicación material de la Ley de Arbitraje se circunscribe a los derechos subjetivos en virtud del poder de disposición que estos llevan implícito. Así pues, cuando la Ley de arbitraje en su artículo 2.1 establece que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, en realidad se está significando que sólo podrán ser objeto de arbitraje las pretensiones sobre derechos subjetivos. Debe, por tanto, distinguirse entre la disponibilidad y la arbitrabilidad. Lo arbitrable son las pretensiones y lo disponible los derechos subjetivos. Y es que, en rigor, ni las controversias ni las materias son *per se* arbitrables ni tampoco son por su naturaleza disponibles en el sentido que establece el precepto.

xii. La ley de Arbitraje delimita negativamente el criterio de arbitrabilidad mediante el principio de no afectación a terceros, principio que se deriva del contenido esencial del derecho subjetivo.

xiii. Por consiguiente, son susceptibles de arbitraje de Derecho público las pretensiones del administrado fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos típicos o reaccionales, siempre y cuando esos derechos o intereses legítimos no afecten a los intereses de terceros. Este criterio de arbitrabilidad es, de hecho, el denominador común de las materias relacionadas por los distintos autores que se han decantado por el criterio de una lista cerrada. Lo que, en esencia, significa que para el arbitraje de Derecho Público se mantendría el criterio de disponibilidad proclamado en el art. 2.1 LA y el principio de voluntariedad del art. 9.1 LA, en relación con el administrado.

xiv. En virtud del principio de legalidad es necesario una previsión legal que ordene a la Administración a acudir al arbitraje cuando así lo solicite el administrado de acuerdo con el criterio de arbitrabilidad defendido.

xv. Aun cuando el arbitraje de Derecho público entra dentro del ámbito de aplicación de la LA, es necesario que el mismo se prevea en una Ley independiente con el fin de recoger las especialidades que necesariamente deberá recoger un arbitraje en el que la controversia tiene un carácter público. Y que, a su vez, prevea las eventuales excepciones al régimen de disponibilidad que la conveniencia política considere oportunas.

En consecuencia, se ha alcanzado el objetivo anunciado en la introducción, pues ha quedado demostrado que las pretensiones de Derecho administrativo son arbitrables, en tanto no afecten a los intereses de terceros directamente implicados en la controversia, pudiendo además entenderse esas controversias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje, en el sentido expuesto.

Conclusions

Cette dernière partie du document est un abrégé où l'on retrouve les principales conclusions atteintes grâce à cette recherche.

i. L'arbitrage trouve son fondement et la preuve dans la liberté. Le mandat constitutionnel par lequel on donne l'ordre aux pouvoirs publics d'engager et garantir la liberté de l'individu se rend réel dans l'institution arbitrale. À condition que les intérêts de tiers ne soient pas affectés, il s'agit que les parties d'une controverse puissent choisir la méthode de résolution de conflits qui conviendrait le plus à leurs intérêts, que cela soit le juge prédéterminé par la loi ou le particulier impartial élu par les parties. L'arbitrage ne se justifie pas par des raisons de convenance ou opportunité mais par quelque chose de si important comme il l'est la liberté de l'individu. L'étude de l'arbitrage dans le domaine du Droit public est exigée pendant qu'il existe une petite possibilité de pouvoir augmenter les niveaux de la liberté des personnes.

ii. L'arbitrage a une nature juridique autonome. L'autonomie de l'arbitrage s'infère du fait que, en tant qu'institution, elle peut être interprétée depuis soi-même vu qu'elle a des traits qui la définissent comme g nue même si elle est composée d'autres institutions qui existent déjà et qui sont reconnues du point de vue juridique comme par exemple le contrat et le procès. Affirmer la nature juridique autonome de l'arbitrage contribue à dissiper les doutes par rapport au contenu essentiel de l'arbitrage.

iii. Ce sont deux les éléments essentiels de l'arbitrage : le principe de l'autonomie de la volont  et le caractère public de ses

effets. Sans la combinaison de ces deux éléments, l'institution arbitrale serait dénaturée. La délimitation du concept d'arbitrage est donc fondamentale pour que l'on puisse faire la différence avec d'autres figures connexes auxquelles le législateur et la doctrine ont appelé arbitrages mais qui ne le sont pas réellement. L'arbitrage il est donc un moyen de résolution de litiges alternatif à la voie juridictionnelle par lequel deux ou plusieurs personnes décident volontairement de soumettre leur controverse à la décision d'un particulier impartial qui n'aurait rien à voir avec le juge désigné par la loi. Cela fait que l'arbitrage soit arbitrage mis à part le caractère public ou privé du Droit que l'on pourrait appliquer à la controverse.

iv. À cet égard, on détecte un manque de rigueur dans la figure du législateur au moment où il parle d'arbitrage par rapport à des procédures qui, par manque d'un des éléments essentiels, ne le sont pas. Cela a été source de confusion autour de l'institution de l'arbitrage dans le domaine du Droit administratif.

v. L'arbitrage de Droit public est un fonctionnement de résolution de litiges qui remplace la juridiction contentieuse-administrative par lequel un particulier impartial, élu par les parties, décide selon Droit des conflits de Droit administratif qui existent, normalement, entre un administré et une Administration Publique, étant l'arbitrage une option pour l'administré mais obligatoire pour l'Administration, une fois la sélection a été faite. Avec cette définition on infère que ce qui est fondamental dans l'arbitrage de Droit public et qui le rend différent au Droit privé, c'est le caractère public de la norme qui s'applique à la controverse.

vi. L'arbitrage de Droit public, d'un point de vue constitutionnel, rentre à la perfection dans le système juridique espagnol puisqu'il ne contredit ni le droit à la tutelle judiciaire effective ni au principe de la réserve juridictionnelle et respecte, de la même manière, les articles 103.1 et 106.1 CE.

Le droit à la tutelle judiciaire effective du particulier reste protégé par le principe de qualité de volontaire qui régit l'arbitrage, en vertu de laquelle personne ne pourra être obligé à assister à l'arbitrage. De sorte que l'intéressé affecté décide librement sa préférence entre la voie de la juridiction contentieuse-administrative ou la voie de l'arbitrage. Les administrations publiques, de leur côté, bénéficient atypiquement du droit à la tutelle judiciaire effective. Puisqu'elles le détiennent face au pouvoir judiciaire pas face au pouvoir législatif auquel elles sont complètement soumises par mandat constitutionnel en vertu du principe de légalité.

Le principe de monopole juridictionnel n'empêche pas la mise en place d'un système d'arbitrage, de rechange à la voie judiciaire, comme le *Tribunal Constitucional* a pu le réaffirmer de nombreuses fois. En effet ce principe reste protégé par deux éléments fondamentaux: d'un côté, le juge reste toujours le titulaire exclusif de la prérogative de faire exécuter ce qui a été jugé et, de l'autre côté, par l'existence de l'action de nullité, comme moyen de contrôle juridictionnel.

La même action de nullité sert aussi à garantir le contrôle juridictionnel de la légalité de l'intervention administrative, selon l'article 106.1 CE. Car le terme contrôle est un concept indéterminé qui permet une certaine mesure. Comme il a été reconnu par le *Tribunal Constitucional*, l'article n'a pas précisé quels sont les instruments du procès qui mettent à effet ce contrôle-là. Donc, ce contrôle serait exercé en tout cas par l'action de nullité. Dans le même esprit, il ne faut pas oublier qu'à l'origine le sens d'article consistait à ne pas laisser des zones exemptées du contrôle de l'activité administrative exercé par le pouvoir judiciaire ou pas.

L'arbitrage de Droit public respecte l'obligation de l'Administration d'être au service des intérêts généraux fixé au principe de légalité proclamé dans l'article 103.1 CE en ce qui concerne l'arbitrage de Droit public il faut prévoir par la Loi en tant qu'obligation pour l' Administration. L'Administration n'a une autre volonté que celle de la loi, de cette façon, l'Administration acceptera que la loi détermine le recours à l'arbitrage pour des cas précis où le

particulier en ferait demande librement. D'autre part, on ne peut pas affirmer que moyennant l'arbitrage l'Administration renonce à la détermination de l'intérêt général, car l'arbitre ne remplace pas l'Administration dans la détermination de l'intérêt général mais au juge à l'examen de la légalité.

vii. L'arbitrage de Droit public est reconnu spécifiquement par la législation administrative espagnole même s'il n'a pas eu une application pratique. La *Ley General Presupuestaria* et la *Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas* sont de très bons exemples. Cela veut dire que le législateur, contrairement à la doctrine, n'a pas trouvé des obstacles constitutionnels pour soumettre des questions de Droit public à des procédures alternatives qui remplaceraient la voie judiciaire, même s'il s'agit d'arbitrages *strictu sensu* ou d'arbitrages impropre. Ce qui est important c'est que la loi envisage la possibilité que les résolutions des controverses, auxquelles on applique le Droit administratif, puissent être soumises à des moyens alternatifs à la voie judiciaire. En fait il oblige même à l'Administration à le faire comme il se passe dans le cas de la DA de la Ley 11/2011, du 20 mai.

viii. Le traitement que l'on donne à l'arbitrage de Droit public dans le régime juridique espagnol, diffère énormément de celui que l'on lui donne aux États-Unis, en France et en Italie. Le libéralisme des États-Unis implique que l'arbitrage de Droit public n'ait pas provoqué de grandes débats doctrinaux et que sa régulation par la *Administrative Dispute Resolution Act (ADR Act)* ait eu un grand succès. La norme n'établit pas un critère d'arbitrabilité mais elle lui établit les limites parmi lesquels on souligne les suivants : le principe de non affectation des tiers non parties à la procédure, quand le sujet touche à des questions de politique d'état ou qu'il faille une publicité absolue de la procédure. Dès le régime juridique espagnol il faut étudier et tenir compte de l'option du législateur américain vu qu'il met les limites dans le domaine d'application de l'arbitrage,

permettant la réalisation d'un examen individuel de l'aptitude ou pas sur la question de l'arbitrabilité.

ix. Par rapport au système américain le système français contient un principe d'interdiction à l'appel de l'arbitrage des personnes morales de Droit public (art. 2060 Code Civil). Cependant, la quantité de dérogations à l'article que l'on retrouve dans son panorama législatif font preuve de l'intérêt du législateur à la mise en œuvre de l'institution en Droit administratif.

x. L'Italie autorise exprès l'arbitrage dans le cadre juridique-public. Notamment l'article 12 du *Codice del Processo Amministrativo* permet la soumission à l'arbitrage des droits subjectifs qui étaient confiés à la juridiction du *giudice amministrativo*. Cette option du système italien, même s'il faut en faire une étude en profondeur pour en délimiter son effet, semble la plus pertinente parmi les analysées comparativement car, en partie, elle réussit à comprendre l'individualité qui existe dans quelques questions régies par le Droit public.

xi. Le champ d'application matérielle de la *Ley de Arbitraje* se limite aux droits subjectifs en vertu du pouvoir de disposition impliqué. Donc quand la loi d'arbitrage dans son article 2.1 établit que les controverses sur matière de libre disposition sont susceptibles d'arbitrage selon droit, en réalité on exprime que seules les demandes à propos de droits subjectifs pourront faire l'objet d'arbitrage. Il faut donc bien faire la différence entre la disponibilité et l'arbitrabilité. Ce qui est arbitral ce sont les demandes et ce qui est disponible, ce sont les droits subjectifs. En fait, au sens strict, ni les controverses ni les matières sont per se arbitrables et même pas par leur nature disponible dans le sens établi par l'article.

xii. La LA limite négativement le critère d'arbitrabilité moyennant le principe de non affectation de tiers non parties à la procédure, principe qui provient du contenu essentiel du droit subjectif.

xiii. Par conséquent les demandes de l'administré basées sur l'affirmation de la titularité de droits subjectifs, typiques ou réactionnaires, sont susceptibles d'arbitrage de Droit public à condition que ces droits ou intérêts légitimes n'affectent pas les intérêts de tiers. Ce critère l'arbitrabilité est en effet le dénominateur commun des matières référenciées par les différents auteurs qui ont montré leur accord avec le critère d'une liste fermée. Ce qui signifie, dans toute son essence, que pour l'arbitrage de Droit Public on maintiendrait le critère de disponibilité proclamé dans l'article 2.1 LA et le principe d'autonomie de la volonté de l'article 9.1 LA en rapport avec l'administré.

xiv. En vertu du principe de légalité il est nécessaire une prévision légale qui demande à l'Administration de se présenter à l'arbitrage quand ce sera demandé par l'administré en rapport avec le critère d'arbitrabilité défendu.

xv. Même si l'arbitrage de Droit public se trouve à l'intérieur du champ d'application de la LA, il faut que celui-ci soit prévu dans une loi indépendante à fin que les spécialités absolument nécessaires de l'arbitrage où la controverse est à caractère public, soient réunies. Et qui en même temps prévoit les éventuelles dérogations au régime de disponibilité à la convenance de l'intérêt politique.

En résumé, on peut confirmer l'objectif annoncé en début de cette thèse puisqu'on a prouvé que les demandes de Droit administratif sont arbitrables, à condition que les intérêts de tiers directement impliqués dans le litige ne soient pas affectés et que l'on puisse sous-entendre ces controverses comprises dans le champ d'application de la LA.

Bibliografía

- ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES,
Agency arbitration: constitutional and statutory issues,
Administrative Conference of the United States. Office of the
Chairman, 1988.
- AJANI, G., ANDERSON, M., ARROYO AMAYUELAS, et al.,
Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales,
Universitat, 47, Barcelona, 2010.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M., Informe, *Propuestas para disminuir
la litigiosidad fiscal en España a la luz del derecho comparado*.
Col·legi Oficial de Gestors Administratius de Catalunya, marzo
2014
- ALONSO PUIG, J. M^a, “La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y
retrocesos”, *Otrosí*, nº 8, 2011.
- ALTAVA LAVALL, M. G., *Lecciones de Derecho Comparado*,
Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castelló de la Plana,
2003.
- AMADEI, D., *L'arbitrato nel diritto amministrativo (problemi aperti
e recenti pronunce)* en CECCHELA, C., *L'arbitrato*, UTET,
Turín, 2005.
- ANTONIOLI, M., *Arbitrato e Giurisdizione Esclusiva*, Giuffrè,
Milán, 2004.
- ARIAS LOZANO, D., "El arbitraje internacional", *Revista Jurídica de
Castilla y León*, nº 16, 2013.

ASOCIACIÓN DEL ABOGADOS DEL ESTADO, *La Asistencia Jurídica del Estado en el Siglo XXI. Primer Congreso de la Abogacía del Estado*, Aranzadi, Madrid,1999.

ASSOCIAZIONE ITALIANA FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO. *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milán,1999.

AVEZUELA, J., "Agencias. El ejemplo norteamericano", *Ciudadanía y Valores. Fundación*, nº 21, 2008.

AXELRAD, J., "Federal Tort Claims Act Administrative Claims: better than third-party ADR for resolving Federal Tort Claims", *Administration Law Review.*, nº 52, 2000.

BADELL MADRID, R., *Los medios alternativos de solución de conflictos en el proceso contencioso-administrativo*, en <<http://www.badellgrau.com/conflictosprocesocontencioso.htm>.

BALLESTEROS MOFFA, L. A., *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid,2000.

BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

BELLIDO PENADÉS, R. y CUCARELLA GALIANA, L., *La solución no jurisdiccional de los litigios de Derecho Privado*, en ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 13ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

BINGHAM, L. B., *Alternative Dispute Resolution in Public Administration*, en COOPER P. y NEWLAND C., *Handbook of Public Law and Administration*, Jossey-Bass., San Francisco, 1997.

- BINGHAM, L. B., WISE, C. R., "The Administrative Dispute Resolution Act of 1990: How do we evaluate its success?", *Journal of Public Administration Research & Theory*, vol. 6, n° 2, 1996.
- BREGER M., J., SCHATZ, G.S. y SCHICK LAUFER, D., *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*, American Bar Association , 2000.
- BRUCE, E., "La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques. Remises en question." *Revue de l'arbitrage*, vol. 1, 2006.
- BRUFF, H. H., "Public Programs, private deciders: the constitutionality of arbitration in federal programs", *Texas Law Review*, vol 67, n° 3, 1989.
- BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- CAIA, G., *Arbitrati e modelli arbitrabili nel Diritto amministrativo. I Presupposti e le Tendenze*, Giuffrè, Milán, 1989.
- CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. et al., *Código Civil Comentado*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- CARRERAS LLANSANA, J., *Contribución al estudio del arbitraje*, en, CARRERAS LLANSANA J. y FENECH NAVARRO M., *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona 1962.
- CASSESE, S., "L'arbitrato nel diritto amministrativo", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 2, 1996.

- CHIRINOS, P., LOIRALITH, M., TAVARES, D. et. al., "Arbitraje administrativo propiamente dicho: referencia al arbitraje tributario.(arbitraje tributario)" *Actualidad Contable. FACES*, n° 14, 2012.
- CHUCHILLO FOIX, M., *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Cizur Menor, 1996.
- CLARKE ADAMS, J., *El derecho administrativo norteamericano*, Edición Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1964.
- CLÉMENT, P., *Proposition de Loi sur l'arbitrage des différends impliquant des personnes publiques*, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion2887.asp>, 2010.
- COLOMA, P. V.-A. Nuevas perspectivas del arbitraje en el derecho público: su admisibilidad en el ámbito tributario, *Anuario de Justicia Alternativa*, n° 10, 2010.
- COMBA, M. & CARANTA, R., *Administrative Appeals in the Italian Law: on the brink of extinction or might they be saved (and are they worth saving)?*, en DRAGOS, D. y BOGADANA, N., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Cluj NAPOCA, 2014.
- CONSEIL D'ETAT, *Régler Autrement Les Conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Les études du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1993.
- CORTADA ESTEVE, M., "El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa", *Revista. Vasca Administración Pública*, n° 51, 1998.
- COURRÈGES, A. y VEROT, C., "L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques: quelques éclairages sur un rapport

récemment remis au garde des sceaux". *Rev. droit Adm. droit Fisc.*, nº 3, 2007.

CRABLE, S., "A Solution for Environmental Disputes", *Arbitration Journal*, vol. 48, nº 1, 1993.

CUOLO, L., BELLOTTO, G., DE SANTIS, M. et. al., *Transazione e arbitrato nel diritto pubblico*, nº 14, Research Unit Law and Economics Studies, Università Commerciale Luigi Bocconi, 2014.

DE ALFONSO OLIVÉ, J. M., ALEGRET BURGUÉS, M. E., MUÑOZ SABATÉ, L., et. al., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES J., et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas, Cizur Menor, 2001.

DE LISE, P., "L'arbitrato nel diritto amministrativo", *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile*, 1990.

DEL OLMO ALONSO, J., "Legislación sobre modos alternativos de resolución de conflictos administrativos en Estados Unidos". *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, nº 4, 1999.

- *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Administrativo*. Universidad de Alcalá, Alcalá, 2004.

- "El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 52, 1998.

DELGADO PIQUERAS, F., "La 'Administrative Dispute Resolution Act' de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas", *Revista de Administración Pública*, nº 131, 1993.

- *La terminación convencional de procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 1995.

DELSIGNORE, M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 2007.

DEVOLVÉ, J. L., "Une véritable révolution...inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative)", *Revue de l'arbitrage*, nº 3, 2007.

DEVOLVÉ, J. L., *L'arbitrage en droit administratif*, en HÉRITIER/HIRSCH, L., *De Lege Ferenda études pour le professeur Alain Hirsch*, Slatkine, Ginebra, 2004.

DEVOLVÉ, P., *L'arbitrage en droit public français*, en RENDERS, DEVOLVÉ y TANQUEREL, *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, Bruselas, 2010.

DÍAZ-CANDIA, H., "La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos. Hacia el arbitraje contencioso-administrativo", *Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones*, vol 2, nº 3, 2009.

El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje; con especial referencia a la aceptación del arbitraje contencioso-administrativo, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil y personas jurídicas. Vol.I.*, Tecnos, Madrid, 2016.

DOBARRO GÓMEZ, C., "El arbitraje institucional como método de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo", *Actualidad Administrativa*, nº2, 2011.

DORREGO DE CARLOS, A., "El Arbitraje en los Contratos Públicos", *Revista de Jurídica Castilla y León*, nº 29, 2013.

- DRAGOS, DACIAN C. y NEAMTU, B., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Cluj Napoca, 2014.
- DUGUIT, L., *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- DURANTE, N., *La domanda di arbitrato* en <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nze2/~edisp/intra_064058.htm>
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V. M., "El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 39–40, 2012.
- ESCUIN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Cizur Menor, 2008.
- ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación: génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- "La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía", *Revista de Administración Pública*, nº 183, 2010.
 - *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
 - *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- EVANS, R. J., "The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving federal agency use of alternative dispute resolution processes", *Administrative Law Review*, nº 50, 1998.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, Civitas, Cizur Menor, 2006.

- "Contribución al estudio del arbitraje de Derecho público en la experiencia jurídica romana", *Revista General de Derecho Romano*, nº 21, 2013.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *La jurisdicción Contencioso-Administrativa ante la revisión de los actos fruto de la transacción entre las partes: alcance de la previsión revisora. Análisis del art. 76 del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en ELORRIAGA PISARIK, G, *Convención y Arbitraje en el Derecho tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, 1996.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P. y AROZAMENA LASO, Á., *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo Vol II.*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., "Nuevas tendencias de la justicia administrativa en italia: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos". *Revista de Administración Pública*, nº 154, 2001.

FERRET JACAS, J. "Límites de arbitraje administrativo", *Administración de Andalucía*, nº 35, 1999.

FOUCHARD, P., "La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001", *Revue de l'arbitrage*, nº 3, 2001.

FOUSSARD, D., *L'arbitrage en droit administratif*, *Revue de l'arbitrage*, nº 1, 1990.

FREYRE, M. C., *Arbitraje y debido proceso*, Palestra, Lima, 2007.

FREYRE, M. C. y KUNZE, R. V., *Arbitraje :el juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*, Palestra. Lima, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (A propósito de una nueva exposición sistemática de la misma", *Revista de Administración Pública*, nº 16, 1978.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I y II*, 14ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA ORTELLS, F., *Arbitraje y derecho público. Especial consideración en la contratación pública*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2012.

GARCÍA PÉREZ, M. "La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998", . *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, nº 4, 2000.

- *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

- "Luces ysombras del arbitraje insitucional en la Administración General del Estado", *Revista Andaluza de Adminsitración Pública*, nº 80, 2011.

- "La justicia administrativa en tiempos de crisis. Una apuesta por el arbitraje", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, nº 16, 2012.

GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Arbitraje y Administraciones Públicas*, en COLLANTES GONZÁLEZ, J.L., *El arbitraje en las disitntas áreas del derecho. primera Parte. Vol III*, Palestra, Lima, 2003

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "La irrupción de las negociaciones y el derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitrajes", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 286-287, 2001.

GRANADO HIJELMO, I., "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación", *Revista Jurídica Navarra*, nº 39, 2005.

GRUNEWALD, M. H., "Report for Recommendation 95-6: Freedom of Information and confidentiality under the Administrative Dispute Resolution Act", *Administrative Law Journal of the American University*, vol 9, nº 4, 1996.

GUASP DELGADO, J. "La pretensión procesal". *Anuario de Derecho Civil*, nº 5, 1952.

- *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

- *El Arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona 1956.

HENÁNDEZ- GIL ÁLVAREZ CIENTUEGOS, A., *Título I*, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

HUERGO LORA, A., *La Resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*. Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 2000.

JARRONSON, C., *L'arbitrage en droit public. L'actualité juridique. Droit administratif*, 1997.

- JARRONSON, C., "Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001", *Semaine Juridique (edition Notariale et immobilière)* n° 3, 2002.
- JUNCEDA MORENO, F. J., *Derecho Ambiental en el Amazonas. Un reto para Sudamérica*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2010.
- Arbitraje, actividades extractivas y normativa internacional ambiental: el caso del amazonas*, en ANTONIO SAVARIS, LUIZ STRAPAZZON, C., *Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*, Curitiba, Brasil, 2012.
- KAMGA, J. *L'arbitrage en matière administrative. Aspects du droit positif français*, Éditions Universitaires Européennes, 2012.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. *Elementos de Derecho Civil I. Parte general. Volumen tercero. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Dykinson, Madrid, 2005.
- COMITÉ FRANÇAISE DE L'ARBITRAGE, "Rapport du Groupe de Travail sur l'arbitrage en matière administrative", *Revue de l'arbitrage*, vol. 3, 2007.
- LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Cizur Menor, 1991.
- LAWRENCE, S. y WEINSTEIN, A., "Towards a Theory of Environmental Dispute Resolution", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol 9, n° 2, 1980.
- LOPERENA ROTA, D. *La transacción en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2000.

LÓPEZ MENUDO, F. "Arbitraje y Derecho Público". *Justicia Administrativa*, nº 2, 1999.

LORCA NAVARRETE, A. M. El Derecho de Arbitraje es Derecho Procesal. *Rev. Vasca Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 3, 2002.

- "Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje", *La Ley*, nº 2, 2002.
- "La naturaleza jurídica del arbitraje", *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 2006
- *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2008.

LORCA NAVARRETE, A. M., ÁLVAREZ SACRISTAN, I. Y SILGUERO ESTAGNAN, J., *La teoría y la práctica del proceso civil y su concordancia con el proceso laboral y contencioso-administrativo*, Dykinson, Madrid, 1997).

LORENTE SARIÑERA, M., *División de poderes y contenciosos de la administración: una -breve- historia comparada*, en GARRIGA ACOSTA, C.A., *Historia y Constitución: trayectos del constitucionalismo hispánico*, México, 2010.

LUIISO, F. P., "La Camera arbitrale per i lavori pubblici" *Rivista dell'arbitrato*, vol. 10, nº 3, 2000.

- "Arbitrato e giurisdizione nelle controversia devolute al giudice amministrativo", *Rivista dell'arbitrato*, vol. 11, nº 3, 2001.

- "Il Consiglio di Stato interviene sull' arbitrato dei lavori pubblici", *Rivista dell'arbitrato*, vol. 13, nº 4 2003.
- LYON-CAEN, A., "Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif", *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 49, nº 2, 1997.
- MAISONNEUVE, M., *L'arbitrage des litiges sportifs*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 2011.
- MARESCA CABOT, J. C., "El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común", *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995.
- MARESCA LASA, A., *El Arbitraje Administrativo*, UB, Barcelona, 2005.
- "El Encaje Constitucional del Arbitraje Administrativo", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 9, 2008.
- MARIGHETTO, A., "El nuevo marco jurídico del arbitraje en Italia", *Lima Arbitration*, nº3, 2008.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la directiva comunitaria *de recursos*", *Revista de Administración Pública*, nº 185, 2011.
- "Derecho Público y Derecho Privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 26, 2011.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Repensando el sistema contencioso-administrativo desde la perspectiva de la tutela de las situaciones jurídicas de los ciudadanos", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 19, 2001.

- MCGREGOR, E., *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les états-unis et l'arbitrage d'investissement*, Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes/LGDJ, Genève, Zurich, Paris, 2015.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.
- MERINO MERCHÁN, J. F. *El 'equivalente jurisdiccional' en el derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- MERINO MERCHÁN, J. F., "La Constitución de 1812 y el arbitraje", *Spain Arbitration. Review. Revista del Club Español Arbitraje*, nº 14, 2012.
- MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M., *Tratado de derecho arbitral*. Civitas, Cizur Menor, 2014.
- MIGNONE, C., *La justicia administrativa*, en FRANCO FERRARI, G., *Derecho administrativo italiano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2016.
- MONTERO AROCA, J. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MONTERO AROCA, J., *Las materias de libre disposición en el arbitraje y la mediación*, en PARDO IRANZO, V., *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MONTORO I CHINER, M. J., *La Justicia administrativa: libro homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.
- MORENO GIL, O., *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 1998.

- NETTEL BARRERA, A., *La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los estados democráticos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- NOYA FERREIRO, M. L. & VARELA GÓMEZ, B. J., "Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 19 a 22", *InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona*, nº 3, 2005.
- ODORISIO, E., *Arbitrato rituale e labori pubblici*, Giuffrè, Milán, 2011.
- PAJNO, A., *La giurisdizzone*, en SANDULLI, A., *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milán, 2013.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Régimen Jurídico de las Admistraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y tenxto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid 1993.
- "Arbitraje y derecho administrativo: La actividad arbitral de la administración", *Revista Galega de Administración Pública*, 1999.
- PAREJO ALFONSO, L. J., *Crisis y renovación en el derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- "Algunas reflexiones sobre el 'arbitraje administrativo', a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid", *Revista Parlamentaria de la Asamamblea de Madrid*, nº 1, 1999.

- PATRIKIOS, A. *L'arbitrage en matière administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1997.
- PÉREZ MORENO, A., "El Arbitraje Administrativo", *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Admnsitración Pública*, nº 43, 2001.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., *Disposición Adicional Segunda*, en *La reforma del procedimiento administrativo. Comentario a la Ley 4/1999, de 13 de enero* Dykinson, Madrid, 1999,
- POTO, D., *L'arbitrato nel nuovo processo amministrativo*, <http://www.agatavvocati.it/UserFiles/File/Atti/obiettivo%20Riforma/RelPoto.pdf>
- POTO, D. *L'arbitrato nel nuovo processo amministrativo*, Associazione Giovani Avvocati Torino, 2001, at <<http://www.agatavvocati.it/UserFiles/File/Atti/obiettivo Riforma/RelPoto.pdf>>
- PRECHT RORRIS, A., "Hacia una protección ambiental efectiva: una mirada desde la óptica del cumplimiento", *Revista de Derecho Ambiental*, Universidad de Chile, nº 3, 2015.
- PRIETO-CASTRO, L., "Comentarios a la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 3, 1989.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "Principios y funcionamiento de la Ley de Arbitraje", *Revista Galega de Administración. Pública*, nº 26, 2000.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., *Los Tribunales Administrativos*, en CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de derecho público*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2003.

- REYNA, J. J., "El arbitraje como medio de solución de conflictos en materia de servicios públicos: el nacimiento de un sistema jurídico complejo", *Revista de Direito Administrativo e Constitucional.*, nº 11, 2011.
- RIVERO ORTEGA, R., *Repensando el estado de derecho el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional*, en SOSA WAGNER, F., *El derecho Adm. en el umbral del siglo XXI Homen. al Profr. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000.
- RODRIGO LAVILLA, J., "Arbitraje y Administración del Estado", *La Ley*, nº 7153, 2009.
- ROMANO TASSONE, A., "Giurisdizione amministrativa e arbitrato". *Rivista dell'arbitrato*, vol. 10, nº 2, 2000.
- *L'Arbitrato*, en SASSANI, B., VILLATA, R., *Il processo davanti al giudice amministrativo, commento sistematico alla l. 205/2000*, Giappichelli, Turín, 2004.
- ROMANO, A., *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, en ANRONIAZZI, S., BRIGNOLA, F., CARIGNELLA, F. et al., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milán, 2004.
- ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ MORÓN, *Recursos administrativos*, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid

- SANDULLI, A., "L' Arbitrato nel codice del processo amministrativo", *Giornale di Diritto. amministrativo*, nº 2, 2013.
- SANDULLI, A., *Diritto processuale amministrativo. Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 2013.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- Principios de Derecho Administrativo General I.*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- SARMIENTO ACOSTA, M.J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Civitas, Cizur Menor, 1996.
- SAUVÉ, J.-M., *L'arbitrage et les personnes morales de droit public*, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public> (2009).
- SCHWARTZ, B., *French Administrative Law and the Common-Law World*, The Lawbook Exchange, Nueva York, 1954.
- SENGER, J.M., *Federal Dispute Resolution, using ADR with the US Government* Jossey Bass, San Francisco, 2004
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- TORNOS MAS, J., "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos", *Revista de Administración Pública*, nº 136, 1995.
- "El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura", *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995.

- "El arbitraje administrativo", Ponencia sobre la jornada sobre *L'arbitratge en l'àmbit de l'Administració pública*, Barcelona, 14 de marzo de 2002, Institut d'Estudis Autonòmics, Gabinet Juridic de la Generalitat de Catalunya.

TRAYTER JIMÉNEZ, J., "El arbitraje de Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. *Derecho administrativo. Parte General*. Atelier, Barcelona, 2015.

VENEZIANO, S., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Testo dell'intervento programmato svolto al Convegno di Studi 'I servizi pubblici nella legge 21 luglio 2000 n. 205', tenutosi a Cagliari nei giorni 25./27.05.2001 en <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nze0/~edisp/intra_331335.htm>

VENEZIANO, S. *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Diritto & Diritti, <<http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/veneziano5.html>>

VERDE, G., Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione (in occasione della L. 21 luglio 2000 n. 205, art. 6). *Rivista dell'arbitrato*, vol. 10, nº2, 2000.

- "Arbitrato e pubblica amministrazione", *Rivista dell'arbitrato*, vol.11, nº3, 2001.

VERDERA TUELLS, E., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., BENEYTO PÉREZ, J. M. et al., *Jurisprudencia Española de Arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013).

VIOLA, L., *L'arbitrato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, La Tribuna, Piacenza, 2003.

- VIPIANA, P. M., *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, en *Digesto Discipline Pubblicistiche VII*, UTET, Turín, 1991.
- WEST, J. D., *The use of Alternative Dispute Resolution in federal claims*, en *The Construction Law Handbook. The Use of ADR in Resolving Federal Construction Contract Disputes*, Aspen Law & Business/Wiley Law Publications, 1999.
- XIOL RÍOS, J. A., "El arbitraje y los tribunales de justicia", *La notaría*, nº 47-48, 2007.
- YAGÜEZ, A., *Comentarios a los artículos 21 a 29*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991.
- YÁÑEZ DE VELASCO, R., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

