

# VNIVERSITAT E VALÈNCIA

**FACULTAD DE DERECHO**

**Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología**



**TESIS DOCTORAL**

**ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Presentada por:**

Carla Esplugues Barona

**Dirigida por:**

Dr. Juan Francisco Mestre Delgado

Catedrático de Derecho Administrativo

Valencia, enero 2018



# ÍNDICE SISTEMÁTICO

<b>ABREVIATURAS</b> .....	I
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO PRIMERO. LOS PRESUPUESTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ESPECIAL POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA</b> .....	11
<b>I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS</b> .....	11
1. Claves del origen y evolución del Derecho administrativo.....	13
2. Principios básicos del Derecho administrativo.....	21
2.1 La separación de poderes.....	21
2.1.1 La separación de poderes en el pensamiento griego.....	23
2.1.2 Locke.....	24
2.1.3 Montesquieu .....	26
2.2 Principio de legalidad.....	30
2.2.1 La construcción del principio de legalidad .....	33
2.2.2 Vinculación actual entre Administración y principio de legalidad.....	39
2.2.3 Principio de legalidad y poder judicial .....	46
<b>II. LAS SINGULARIDADES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: AUTOTUTELA Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN</b> .....	52
1. Origen de la autotutela .....	53
2. La autotutela de la Administración.....	57
3. Crisis de la autotutela administrativa .....	60

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	64
1. Origen de la jurisdicción contencioso-administrativa en España .....	65
2. Configuración actual de la jurisdicción contencioso-administrativa	73
3. Límites al control judicial de la Administración .....	78
4. La importancia de una Justicia administrativa .....	82
IV. MODERNIDAD Y GLOBALIZACIÓN: “REVOLUCIÓN” DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	90
1. La “huida” del Derecho administrativo en el entorno clásico del Derecho administrativo.....	93
2. Evolución del derecho administrativo y del alcance de lo “público”. nuevas coordenadas y nuevos retos .....	99
2.1 Crisis de la teoría del Estado .....	100
2.2 Evolución de la vinculación del Estado a la ley .....	105
2.3 Evolución del control judicial.....	107
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. TUTELA DE INTERESES Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS A TRAVÉS DE LAS ADR.....</b>	<b>111</b>
I. INCORPORACIÓN DE LAS SOLUCIONES NEGOCIALES AL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	111
1. De la negación a la estricta restricción de las soluciones negociadas .....	111
2. Las formas negociales bajo las leyes de procedimiento administrativo.....	117
II. ADR: ORIGEN Y FUNDAMENTO.....	126
1. Planteamiento general .....	126
2. Origen y fundamento de las ADR.....	130

III. CONSOLIDACIÓN DE LAS ADR EN EL SIGLO XXI: NUEVA REALIDAD, NUEVO PARADIGMA EN LA JUSTICIA .....	141
1. Punto de partida: el Estado y sus órganos, protagonistas de la Justicia.....	142
2. Aparición de las ADR y su implicación en el modelo de Justicia del siglo XXI.....	144
IV. NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN .....	151
1. Reflexión previa: autocomposición versus heterocomposición .....	152
1.1 Posición pasiva de quienes se encuentran afectados por el conflicto.....	153
1.2 Autocomposición entre las partes, sin intervención de tercero .....	153
1.3 Autocomposición con intervención de un tercero .....	154
1.4 Heterocomposición.....	156
1.5 Cauces mixtos de autocomposición y heterocomposición ..	158
2. La negociación.....	159
2.1 Noción y características de la negociación.....	160
2.2 ¿Es posible la negociación en el Derecho Administrativo ..	164
3. Mediación y conciliación. diferencias y similitudes.....	171
3.1 Referencia específica a la conciliación como cauce autocompositivo .....	172
3.2 Aparición de la mediación como cauce autocompositivo ...	174
3.3 Características de la mediación .....	179
3.4 Manifestaciones de la mediación .....	183
V. MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA.....	185
1. ¿Por qué la mediación administrativa? .....	188

2. Clases de mediación administrativa.....	195
2.1 Mediación administrativa .....	195
2.2 Mediación “intrajudicial” contencioso-administrativa .....	199
2.2.1 Notas características .....	200
2.2.2 Fundamento legal.....	202

**CAPÍTULO TERCERO. INCORPORACIÓN DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL ..... 207**

**I. PLANTEAMIENTO GENERAL..... 207**

**II. EL ARBITRAJE: ORIGEN, DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PRINCIPIOS ..... 209**

1. Origen del arbitraje ..... 210

2. Incorporación del arbitraje al ordenamiento jurídico español..... 215

3. Delimitación conceptual y principios del arbitraje ..... 220

    3.1 Arbitraje es arbitraje..... 221

    3.2 Principio fundamental del arbitraje común: libertad y autonomía de la voluntad..... 223

    3.3 Función decisoria arbitral, en derecho o en equidad..... 225

    3.4 Incorporación de las instituciones arbitrales ..... 228

    3.5 Proceso y procedimiento arbitral. Principios esenciales de igualdad, audiencia y contradicción ..... 229

    3.6 Ventajas del arbitraje frente a la vía jurisdiccional ordinaria..... 233

**III. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: ARBITRAJE Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... 237**

1. La Administración, árbitro entre privados ..... 239

    1.1 Las Juntas arbitrales de transporte ..... 240

1.2	Las Juntas Arbitrales de Consumo .....	242
1.3	Las Comisiones arbitrales de los sectores regulados .....	244
1.3.1	La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones...	245
1.3.2	Comisión Nacional de la Energía .....	246
1.3.3	La Comisión Nacional del Sector Postal .....	247
1.3.4	Comité de Regulación Ferroviaria.....	248
1.3.5	La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia .....	250
2.	Arbitraje como medio sustitutivo de los recursos administrativos.	251
3.	El arbitraje intraadministrativo .....	260
IV. LA MATERIALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO: REALIDAD, PERSPECTIVAS Y LIMITES....		270
1.	Análisis de constitucionalidad de la admisión del recurso al arbitraje en materias de Derecho administrativo.....	270
2.	Análisis de la regulación arbitral en las normas de Derecho administrativo español .....	278
3.	El debate sobre el arbitraje en derecho administrativo en el Derecho comparado: estado de la cuestión en Francia y Estados Unidos .....	286
3.1	Estado de la cuestión en Francia .....	287
3.2	Estado de la cuestión en Estados Unidos .....	298
4.	Supuestos específicos de arbitraje en derecho administrativo: referencia al ámbito de la contratación pública y a otros ámbitos con especial preponderancia del interés público .....	303
4.1	Contratación con las Administraciones Públicas .....	304
4.2	Otros arbitrajes próximos al Derecho administrativo .....	313
4.2.1	El supuesto del arbitraje en el ámbito de los Convenios de Doble Imposición .....	314

4.2.2 Arbitraje entre organismos internacionales o Estados y particulares: el supuesto de las reglas opcionales de arbitraje del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya ..... 321

4.2.3 El arbitraje de inversiones..... 328

**CAPÍTULO CUARTO. BASES PARA LA INCORPORACIÓN EFECTIVA DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO ..... 339**

I. PLANTEAMIENTO ..... 339

II. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO, COMO EQUIVALENTE A LA VÍA ADMINISTRATIVA ..... 346

1. Adecuado desarrollo de la previsión contenida en el artículo 112.2 de la LPAC..... 348

2. Materias susceptibles de arbitraje administrativo..... 350

3. Convenio arbitral ..... 388

4. Existencia de modelos administrativos que pudieran ayudar a la construcción de un modelo arbitral previo a la vía jurisdiccional ..... 392

4.1 Los Tribunales Económico-Administrativos..... 394

4.2 El Consell Tributari de Barcelona..... 398

4.3 Tribunales de recursos contractuales ..... 401

5. Particularidades del arbitraje administrativo, alternativa a la vía administrativa ..... 407

5.1 Órgano arbitral..... 407

5.2 Partes ..... 413

5.3 Procedimiento arbitral ..... 418

5.3.1 Principios..... 419

5.3.2 Plazos ..... 428



5.3.3 Líneas generales del procedimiento y en especial, posible adopción de medidas cautelares .....	432
5.3.4 Terminación del procedimiento arbitral: laudo y otras formas anormales .....	435
<b>III. INCORPORACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO COMO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL.....</b>	<b>440</b>
1. Instrumento legislativo adecuado para la regulación del arbitraje administrativo.....	443
2. Arbitraje de derecho vs. arbitraje de equidad.....	448
3. Órgano arbitral.....	453
4. Partes .....	471
5. Procedimiento .....	476
5.1 Principios que rigen el procedimiento arbitral administrativo.....	476
5.2 Desarrollo de las actuaciones en el procedimiento .....	478
5.3 Plazo para iniciar el proceso arbitral.....	479
5.4 Lugar de celebración del arbitraje .....	480
5.5 Costes del procedimiento .....	481
5.6 Referencia especial a las medidas cautelares en el proceso arbitral.....	485
6. Laudo.....	489
7. Impugnación del laudo arbitral .....	492
8. Vías de recurso .....	497
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>499</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>509</b>
<b>OTROS DOCUMENTOS .....</b>	<b>553</b>



## ABREVIATURAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	Contra
CE	Constitución Española de 1978
CETA	Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
Cit.	Obra citada
CNMC Competencia	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
CNUDMI-UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Coord.	Coordinador
CPC	<i>Code Procédure Civile</i> francés
DDHC	Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

Dir.	Dirigido
Directiva 2008/52/EC	Directiva 2008/52/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles
Ed.	Editado
EDJ	Jurisprudencia El Derecho
EPA	<i>Établissements publics administratifs</i>
EPIC <i>ciaux</i>	<i>Établissements publics industriels et commer-</i>
Etc.	Etcétera
FJ	Fundamento Jurídico
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
LA	Ley 60/2006, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LA/1988	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje
LEC Civil	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa

*Abreviaturas*

LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOPJ	Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Núm./No	Número
OCDE/OECD	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico/ <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
p.	Página
pp.	Páginas
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
ss.	Siguientes

SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
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
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
Vs.	<i>Versus</i>

## INTRODUCCIÓN

El siglo XXI ha supuesto la consolidación de las denominadas *Alternative Dispute Resolution* (ADR)<sup>1</sup> -término acuñado por los americanos para referirse al movimiento llevado a cabo a lo largo del siglo XX de búsqueda de nuevos cauces alternativos a los tribunales de justicia para la resolución de los conflictos, en aras de una pretensión de desconflictivización del conflicto y de fomento de la paz social-, debido a una nueva manera de concebir las relaciones y principalmente, de una nueva manera de afrontar las diferencias, como consecuencia de las relaciones jurídicas cada vez más numerosas y complejas que reclamaba la sociedad.

La aceptación e incorporación de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos (mediación, conciliación y arbitraje) es una realidad en nuestro modelo continental. Estos mecanismos conviven plenamente a día de hoy con los tribunales estatales a la hora de solucionar conflictos de Derecho privado. Y, es más, parece que su penetración no ha quedado únicamente en los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que se ha integrado en las realidades supranacionales, propiciando una transformación de la propia Justicia. Los cambios en los modelos políticos y económicos de los Estados han incidido en este fomento de los mecanismos de solución de conflictos.

Incorporadas las ADR, también se ha experimentado una evolución en las mismas en relación con varias coordenadas: en primer lugar, la conversión de estos medios de resolución de conflictos de alternativos en

---

<sup>1</sup> Nos referiremos a lo largo de este trabajo al concepto de “ADR”, acrónimo de la expresión en inglés de *Alternative Dispute Resolution*, ya que es el término empleado de manera generalizada, tanto en la esfera internacional como en nuestro propio país, para referir al conjunto de técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos.

complementarios a los sistemas clásicos estatalmente configurados; en segundo lugar, la expansión de las ADR a sectores y ámbitos en los que inicialmente no parecía muy factible su aplicabilidad; y, en tercer lugar, se ha producido una explosión normativa que las acoge, las impulsa y las incorpora en los ordenamientos jurídicos.

Frente a esa fascinación general por las ADR, sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo los obstáculos que se presentaban han sido desde el principio mayores, manteniendo desde el siglo XIX la negación de cualquier posibilidad de someter la actuación administrativa a alguien que no fuera un juez. Los sujetos afectados y los intereses en juego jugaban en contra de este movimiento ADR. Pese a ello, es indudable que las transformaciones en la sociedad del siglo XXI y la propia evolución política y económica han conllevado una innegable búsqueda de nuevas formas de abordar los conflictos, con posibles perspectivas de cambios. En gran medida esta situación viene avalada por la contante transformación de los conflictos entre Administración y ciudadanos, cada vez mayores, diversos y complejos, y, por tanto, surgiendo igualmente el debate en torno a la búsqueda de cauces o mecanismos que consigan responder de manera ágil y adecuada a los plurales y asimétricos conflictos suscitados. El tradicional modelo dual de control de la actuación administrativa, caracterizado por los recursos administrativos y los recursos judiciales, se aboga ineficaz e insuficiente para resolver estos conflictos administrativos, que cada vez son más numerosos y variados y requieren una respuesta más especializada.

Ante esta nueva realidad, surge una lenta pero progresiva incorporación por parte del legislador español de medios negociales. Ello es fruto, principalmente, de un cambio de concepción en el control de la actuación



de la Administración que ya no se ciñe a un mero análisis de legalidad, sino que comienza a incorporar otros parámetros de eficacia, a la luz de la propia transformación del principio de legalidad. La Administración ya no se encuentra únicamente constreñida por el respeto a las leyes, sino que surgen otros condicionantes y objetivos que ha de respetar en su actuación. Frente a una Administración todopoderosa, aparece lo que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han denominado la “Administración concertada”<sup>2</sup>, en el seno de la cual la negociación es un instrumento imprescindible a la hora de administrar.

Es en este contexto en el que es posible encontrar la incorporación de la posibilidad de terminación convencional de un procedimiento administrativo, por acuerdo entre las partes, así como la posibilidad de alcanzar acuerdos en el seno de un procedimiento contencioso-administrativo. Un paso adelante, tímido, hacia una mirada diversa en la solución de conflictos; una mirada que abre la vía del consenso.

Pese a esa aceptación legal de terminación convencional del procedimiento administrativo, así como la posibilidad de acuerdos en el proceso contencioso-administrativo, continuó existiendo un cierto recelo o animadversión hacia la dejación en manos de un tercero, que no fuera un juez, de la resolución de los conflictos administrativos. Este dato es lo que justifica las dificultades en la incorporación de las ADR al Derecho administrativo.

Sería con la ley de procedimiento administrativo de 1992 (LRJPAC) cuando el legislador español incorporaría de manera expresa la posibilidad

---

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo. I*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 15ª ed., p. 703.

de recurrir a otros cauces, y entre ellos al arbitraje, para resolver los conflictos con la Administración, aunque con escasa virtualidad práctica como veremos a lo largo de este trabajo. Esta previsión ha sido de nuevo incorporada a la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAP). Esto significa, en consecuencia, que en la actualidad sí existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que prevé expresamente el recurso al arbitraje en la resolución de conflictos administrativo.

La primera premisa, la existencia de un marco legal que incorpore el arbitraje en los conflictos de Derecho administrativo, existe. Ahora bien, hay que analizar por qué, aun cuando el legislador ha admitido expresamente esta posibilidad, el recurso al sistema arbitral sigue sin considerarse, a día de hoy, como medio de resolución de los conflictos con la Administración.

En cualquier caso, la incorporación del arbitraje al ámbito del Derecho administrativo no responde únicamente a las nuevas realidades de nuestros días, ni a modas, ni se trata de una cuestión aislada a la que el Derecho administrativo no ha prestado atención hasta este momento, sino que constituye una inquietud que ha venido planteándose en nuestro país desde hace más de un siglo. Prueba de ello son las diversas remisiones normativas a lo largo de la Historia a la figura del arbitraje, aunque con restricciones, como se analizará, así como la progresiva aparición de mecanismos arbitrales o pseudoarbitrales en determinados sectores. Y a mayor abundamiento, en el año 2001 se presentó un borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo, que, aunque sin éxito, planteaba la instauración de este mecanismo como parte del actual sistema

de resolución de conflictos administrativos. Ya en aquellos años comenzaba a considerarse en algunos sectores del Derecho Administrativo la conversión del arbitraje como sistema de solución de conflictos en realidad.

## **Objetivos**

Considerando el escenario descrito *supra*, existen importantes motivos por los que plantearse la incorporación de las ADR y en concreto, del arbitraje, al ámbito del Derecho administrativo.

¿Pero por qué, aun cuando existen previsiones expresas favorables a su incorporación en nuestro ordenamiento desde el año 1992, y llegó a existir un borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo en el año 2001, no se ha implementado a día de hoy el arbitraje administrativo?

Nuestra investigación pretende dar respuesta a ésta y otras cuestiones que la posible implementación del arbitraje como cauce de solución de conflictos en el Derecho Administrativo plantea. Para ello ha sido importante entender la institución arbitral y su configuración en la Ley de Arbitraje actual para, a la luz de las especiales prerrogativas de que goza la Administración y de las singularidades del Derecho administrativo, analizar la posible extrapolación de esta figura a esta rama del Derecho desde la perspectiva del actual marco constitucional y normativo. Y en su caso, una vez analizada su posible admisibilidad en nuestro ordenamiento, nos plantearemos los posibles beneficios de su incorporación y las particularidades de un posible modelo arbitral, delimitando su alcance.

Para ello, debemos partir del análisis de las singularidades de la posición jurídica y de la actuación de la Administración, en aras de dilucidar si una figura como el arbitraje sería compatible con las mismas; y adicionalmente, a la luz de los principios propios del Derecho administrativo, valorar en qué términos podría instaurarse el recurso al arbitraje administrativo.

### **Metodología del trabajo**

La metodología empleada para la elaboración de este trabajo combina el método tradicional del estudio de las ciencias jurídicas, con una sistemática más práctica de puesta en relación de lo previsto en el ordenamiento jurídico y de las figuras existentes en el mismo para plantear la incorporación de un cauce de resolución de conflictos empleado predominantemente en el Derecho privado.

La investigación se centró en un primer momento, en el análisis de la bibliografía existente en relación con el arbitraje administrativo, así como de aquellas innegables cuestiones de Derecho Administrativo que guardan estrecha conexión con el mismo, tanto respecto de la configuración y principios del sistema administrativo español como de las facultades de disponibilidad de la Administración. Asimismo, nos pareció interesante poder contrastar nuestro estudio con el estado de la cuestión en el panorama comparado de cara a detectar si el arbitraje administrativo estaba siendo implementado en otros ordenamientos de nuestro entorno. Optamos por estudiar principalmente dos países: Francia, por ser el país del que proviene nuestro modelo de Derecho administrativo, sistema que además

tuve ocasión de estudiar durante la realización de mi master en *Droit Public des Affaires* en la Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), y Estados Unidos, por ser el país en el que nacieron y se conformaron las ADR, que tanta influencia han generado en la mayor parte de los sistemas jurídicos.

Una primera aproximación teórica al objeto de este trabajo requería estudiar, por una parte, el Derecho administrativo desde sus orígenes, su evolución y sus notas características, y por otra, las propias ADR. Solo partiendo del entendimiento de ambas, podría abordarse el estudio del arbitraje administrativo. Nuestro análisis pudo realizarse desde dos vertientes diversas: por un lado, mediante la lectura sosegada de la bibliografía existente en torno a las ADR en general y, especialmente al análisis del arbitraje, en su mayoría de Derecho privado, si bien, por otro lado, nos estimuló en este trabajo asimismo la adquisición de conocimientos y destrezas adquiridos con el Diploma Práctico de Arbitraje Interno e Internacional realizado en la Universitat de Valencia durante el curso 2012/2013.

Tras la lectura de las fuentes bibliográficas nuestro objetivo consistió en desarrollar la fase de búsqueda de aplicación de las ADR a sectores próximos al Derecho administrativo y el análisis de su implementación y caracteres. Para ello, analizamos la experiencia del arbitraje de consumo, la existencia de pseudoarbitrajes en los distintos sectores regulados, así como los posibles modelos administrativos existentes en nuestro ordenamiento que, sin ser arbitrajes, por su buen funcionamiento, bien podrían servir para inspirarlos. Todos ellos fueron una importante fuente de inspiración en el desarrollo de nuestra investigación, especialmente en aquellos momentos en que surgieron las dudas acerca de la viabilidad o no de un

sistema de arbitraje propio para la resolución de los conflictos administrativos.

Como todo trabajo de investigación, en la última fase de esta tesis doctoral, hemos tratado de combinar toda la información y documentación obtenida hasta ese momento –premisas básicas-, para plantear y reflexionar acerca de cuáles serían los elementos clave de ese modelo de arbitraje administrativo. Una etapa compleja, que ha requerido de las anteriores para tratar de presentar la reflexión y construcción de ese posible modelo de arbitraje administrativo que se ha presentado. En la conformación del modelo de arbitraje administrativo hemos querido referirnos a los dos tipos de arbitraje posibles, proponiendo su configuración desde lo que podría considerarse como los principios esenciales y las cuestiones generales que ambos arbitrajes requieren respetar, asumiendo que ambos son asimétricos y no pueden ser analizados sino desde la función y los efectos que cada uno de ellos presentaría.

En este camino hemos contado con un texto que se presentó como borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo en el año 2001, al que aun con grandes dificultades, pudimos tener acceso. Un texto que nos permitió en algún punto sostener alguna de nuestras afirmaciones, si bien dicho texto tiene más de quince años; muchos años para una materia como la que nos ocupa.

Por consiguiente, este trabajo combina la metodología tradicional del estudio del Derecho, analizando las normas, la jurisprudencia y la doctrina, con un análisis más práctico e innovador, tratando de, a la vista de la realidad existente, plantear cómo sería en un futuro un posible modelo de arbitraje administrativo.

## **Estructura del trabajo**

En el estudio que hemos llevado a cabo sobre la posible incorporación del arbitraje en Derecho administrativo, hemos creído conveniente explicar muy brevemente el origen y conformación de esta rama del Derecho, centrándonos en sus principios básicos, para entender sus especificidades, las singularidades y prerrogativas de la Administración, y las reservas que pudieran existir a la incorporación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR) en las relaciones con las Administraciones Públicas. Reflexiones todas ellas absolutamente imprescindibles para poder concatenar con los métodos y medios de solución de conflictos no judiciales ni jurisdiccionales y su posible implicación en el seno de los conflictos administrativos.

Tras esta introducción histórica, hemos analizado los rasgos más singulares de la actuación administrativa, que caracterizan la relación y convivencia entre Administración y Jurisdicción, y que nos han permitido terminar de identificar las bases del modelo de Derecho administrativo tradicional, para a continuación, referirnos a la mutación y transformación de ese Derecho, derivado de los cambios en la sociedad y en la propia Administración y sus estructuras, que han afectado indefectiblemente a las relaciones entre Administración y administrado y con ello, a la tipología de conflictividad administrativa.

Una vez sentado todo lo anterior, nos hemos adentrado en el mundo de las ADR y dedicamos el segundo capítulo de este trabajo, al estudio de los diversos cauces ADR, su origen y sus diferencias y similitudes. Resulta necesario analizar los distintos cauces, hasta el momento más propios del ámbito privado, para poder realmente valorar su posible extrapolación a la

resolución de los conflictos con la Administración. Sin embargo, el Capítulo tercero se centra en el estudio del arbitraje propiamente dicho, aunque únicamente a efectos de entender sus particularidades para una posible aplicación a las relaciones jurídico-administrativas. Haremos, por tanto, hincapié en los posibles obstáculos a su incorporación al ámbito del Derecho administrativo, debido a la garantía del interés público a la que debe servir siempre la actuación de la Administración, así como al respeto del principio de legalidad. Y expondremos, además, ejemplos que evidencian una cierta apertura del legislador español a la implementación de mecanismos negociales y en especial, a las referencias a la incorporación del arbitraje en determinados sectores específicos del Derecho administrativo.

Todo ello nos llevará a delimitar, en un último capítulo, los elementos esenciales de un posible modelo de arbitraje administrativo. Aunque una conclusión que ya se puede adelantar, es que dicho modelo de arbitraje no será único, sino que abogaremos por la incorporación del arbitraje administrativo en dos tiempos. Un primer tiempo, haciendo uso de las previsiones existentes en el ordenamiento administrativo español, incorporando un modelo arbitral que, aunque sin efectos de cosa juzgada, y por ende tratándose de un arbitraje que podríamos denominar impropio, sustituya a la vía administrativa y tenga carácter previo a la vía jurisdiccional. Y en un segundo momento, a medio o largo plazo, la incorporación de un verdadero arbitraje equivalente a la vía jurisdiccional, con efectos de cosa juzgada. A día de hoy, el estado de la cuestión impide considerar el arbitraje como una verdadera alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa.



# CAPÍTULO PRIMERO. LOS PRESUPUESTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ESPECIAL POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El análisis de una institución como el arbitraje y su aplicación al Derecho administrativo requiere de un desglose de ambos conceptos: *arbitraje* -como cauce o medio-, y *administrativo* -como naturaleza de las relaciones jurídicas, de los conflictos y de los parámetros en y desde los que se puede mover el arbitraje-.

Para entender esa necesaria especialización en el ordenamiento jurídico y sus coordenadas propias, que la hacen específica con respecto a las demás áreas del Derecho, es interesante arrancar de unas breves referencias al origen y evolución del Derecho administrativo, para fotografiar sus claves, sus principios, y enmarcarlo en el contexto de la aparición de la relación jurídico-administrativa y de los conflictos administrativos. Resulta, asimismo, necesario a efectos del presente trabajo explicar la estrecha simbiosis y coexistencia, no siempre pacífica, entre Jurisdicción y Administración, ligada entre otras cuestiones, al denominado principio de autotutela administrativa.

La Historia y el pasado de ese hilo conductor, de esa conformación de lo “público-administrativo” permite conocer de dónde se parte y a dónde se llegó en el siglo XX, lustro en el que se conformó el modelo actual de Administración.

Más de allá del actual modelo de Justicia administrativa, compuesto por la doble vía administrativa y judicial, no parecía pensable entender que hubiera sedes desde las que poder afrontar la conflictividad administrativa.

Sin embargo, esta visión de duopolio en la resolución de los conflictos administrativos, que encontraba buena explicación desde la Historia y sobre todo en la evolución política de la modernidad, ha ido dando lenta pero imparablemente paso a ciertas concesiones, esto es, se fue incorporando por parte del legislador español la posibilidad de acuerdos, pactos o consensos, con consecuencias jurídico-administrativas y por supuesto también procesales. Las razones son múltiples y trataremos a lo largo de las siguientes páginas de ofrecer cuanto menos una visión general de esa tímida apertura hacia otros cauces de resolución.

El siglo XXI amanece con enormes transformaciones y nuevas formas de afrontar los conflictos administrativos, a la vista de las mutaciones en las propias relaciones con la Administración. La globalización ha generado una nueva sociedad y con ella una nueva manera de diseñar las Administraciones. Ello ha supuesto nuevos tipos de conflictos administrativos que reclaman soluciones más ágiles y más adaptadas a la realidad social; una realidad que avanza mucho más rápido que las estructuras del Estado y que la norma jurídica. A título de ejemplo, baste pensar en la aparición en el nuevo escenario del siglo XXI de reguladores privados transnacionales y de organismos con una naturaleza mixta público-privados que coexisten y conviven con los reguladores nacionales y con los organismos e instituciones supranacionales, que muestran evidentemente un escenario de conflictividad absolutamente diverso a aquel que encontraba respuestas en el modelo administrativo clásico.

Para poder responder a estas nuevas situaciones, a esa nueva realidad del Derecho administrativo, surge la idea de la conformación de un cauce o vía de solución de conflictos capaz de hacer frente a la actual realidad. Consideramos, por tanto, relevante arrancar nuestro trabajo de los cimientos, del origen del Derecho administrativo, para poder entender así, las especialidades que conforman esta rama del Derecho y las posibles problemáticas actuales a la hora de plantear la incorporación de nuevas formas de resolución de los actuales conflictos administrativos. Sin embargo, no es objeto de este trabajo el estudio detallado y sistemático de la Historia del Derecho administrativo, y conviene dejar constancia que nos limitaremos a exponer las referencias históricas de mayor interés para el análisis de la cuestión interesada, y únicamente para situar al lector de cara al estudio de la posible incorporación de la institución del arbitraje en el Derecho administrativo.

### **1. Claves del origen y evolución del Derecho administrativo**

La configuración del modelo administrativo y de la estructura contencioso-administrativa va ligada indefectiblemente a la figura del Estado. Ahora bien, doctrinalmente se suscitan dudas en torno al momento en que efectivamente se sitúa el origen del Derecho administrativo. Convive en este punto una posición mayoritaria que lo enlaza con la idea de la modernidad y una posición minoritaria que ve gérmenes del mismo en la sociedad del Antiguo Régimen.

Por un lado, según la opinión más extendida, el Derecho administrativo encuentra su origen en Francia y más concretamente en la Revolución

Francesa. Fueron los revolucionarios franceses los que perfilaron y establecieron los principios desde los que se forjaron las instituciones administrativas modernas<sup>3</sup>.

Por otro lado, aun cuando en minoría, se encuentran aquellos que sostienen que el Derecho administrativo nace con anterioridad a la Revolución francesa, durante el periodo del *Ancien Régime* (Antiguo Régimen), basado en conceptos de Derecho Romano e independiente del Derecho privado<sup>4</sup>. Se argumenta al respecto que es posible encontrar algunas instituciones romanas que pueden considerarse como antecedentes remotos de algunas configuradas en el actual Derecho administrativo. Desde esta posición minoritaria se sostiene que Napoleón no hizo sino recuperar y desarrollar las instituciones del Antiguo Régimen y que la Revolución francesa se limitó a dar continuidad a todo lo que las monarquías absolutas habían inaugurado: centralización y ampliación de los atributos e instrumentos del Estado.

Si bien es indudable que existen ciertas similitudes entre algunas instituciones romanas y del Derecho administrativo contemporáneo, entendemos que no por ello concurren argumentos históricos suficientemente sólidos como para mantener que el origen de esa idea de organización administrativa proviene del Derecho romano. Insistimos, ello

---

<sup>3</sup> En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I. Historia de las instituciones jurídico-administrativas -I*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 19.

<sup>4</sup> Pueden encontrarse referencias en este sentido, en MESTRE, J.L., *Un Droit Administratif à la fin de l'Ancien Régime. Le contentieux des Communautés de Provence*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976; MESTRE, J.L., *Introduction Historique au Droit Administratif Français*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985; DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p.14.

no es óbice a un posible germen en instituciones romana, pero estas no son lo suficientemente estructuradas como para considerarlas como el punto de partida del modelo de Administración moderno. Lo cierto es que este contexto político, bien diverso, no favorecía la organización sistemática en torno a un núcleo común, la Administración. La organización era demasiado plural, asimétrica y desorganizada para favorecerla.

Hay una razón política indudable. Aun cuando efectivamente puede entenderse que el poder estaba centralizado y diríase que se monopolizó en el Emperador, en los reyes absolutistas, etc., no existía en ese momento un deseo de regulación jurídica, de conformación de un modelo administrativo, sino que, antes al contrario, la centralización y la monopolización del poder convivieron con el pluralismo de los poderes sin reglas estables, y solo con el paso de los años, y a medida que se fue delimitando políticamente el modelo de Estado moderno, con más o menos capacidad centralizadora en los diversos poderes concurrentes, se fue haciendo imprescindible la necesidad de configurar una disciplina científica que organizase las reglas de manera sistemática<sup>5</sup>. De este modo no cabe entender un Derecho administrativo separado de la figura del Estado moderno, esto es, aquel que emerge tras la caída de las monarquías absolutas. La historia de ambos convive como un todo y, a nuestro entender, el punto de partida del Derecho administrativo de nuestros días se halla en la concepción y creación exportada de los revolucionarios franceses.

En efecto, para la mayoría de administrativistas la Revolución francesa es considerada el acontecimiento histórico-político en el que puede

---

<sup>5</sup> En este sentido, CASSESE, S., *Derecho administrativo: Historia y Futuro*, Sevilla, Global Law Press, 2014.

encontrarse el origen del Derecho administrativo, puesto que es en ese periodo en el que se diseña la propia concepción de Administración<sup>6</sup>. Ahora bien, no se trata de valorar un acontecimiento político en sí mismo, sino de considerarlo a la luz de las consecuencias derivadas del mismo, esto es, la metamorfosis social, política, ideológica y estructural que supuso la Revolución francesa, tanto en los valores como en las instituciones, y en una transformación de los grandes principios organizativos del Estado. Inclusive esa mutación se produce en el lenguaje empleado, en los nuevos sujetos y su papel en el marco del Estado, en las relaciones jurídicas que se gestan y en la necesidad de incorporar normas que regulasen este nuevo concepto de Administración. Surge con ello esta rama del Derecho, para hacer frente a realidades que no existían hasta entonces.

Lo cierto es que, hasta el final del Antiguo Régimen, la Administración judicial se erguía al amparo de la autoridad soberana del monarca, que aunaba en su persona todos los poderes; el legislativo, el judicial y el ejecutivo. Esta es sin duda, la principal característica de la Administración de Justicia previa a la Revolución francesa y común a todas las monarquías europeas de la época.

Esta indiferenciación de funciones fue heredada de la Edad Media y tiene su principal exponente en la acumulación de funciones de naturaleza gubernativa, judicial e incluso económica, en una única persona o en un conjunto de órganos individuales o colectivos, cuyo máximo exponente es

---

<sup>6</sup> Así lo afirman entre otros, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I. Historia de las instituciones jurídico-administrativas -I*, cit., p. 19, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo. I*, cit., p.30, SANTAMARÍA PASTOR, J.A, *Principios de Derecho administrativo general. I*, Madrid, Iustel, 2015, 3ª ed., p. 44., WEIL, P., *Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1986.

la imagen del rey-juez, reflejada en la literatura del Siglo de Oro. La Justicia se consideraba así, una regalía o una facultad inherente al monarca en todos los territorios de su reino. Este era juez supremo, de manera que las residuales funciones jurisdiccionales que ejercían los Parlamentos y la Curia Regis constituían únicamente una delegación susceptible de revisión continua. La potestad jurisdiccional del rey era imprescriptible e inalienable<sup>7</sup> y aun en caso de delegación, dicha cesión no era completa y menos aún incondicional, puesto que quedaba limitada a determinadas reservas (las regalías mayores de la Corona).

En Francia, aunque durante el Antiguo Régimen existió la distinción entre Administración y Justicia en el plano teórico, lo cierto es que en la práctica en modo alguno existía una diferenciación clara y cierta entre ambas esferas. Desde el reinado del monarca francés Luis XIII pervivían máximas tales como “*juzgar a la Administración es también administrar*” o “*el contencioso sigue a la Administración*”. Como señala MERKL, en la época del Antiguo Régimen y de las monarquías absolutas europeas, lo que ahora se conoce como Derecho administrativo se agota en un único precepto jurídico que establece un derecho ilimitado del monarca para administrar y no se reconocen derechos al individuo frente al soberano puesto que el individuo es considerado como un objeto del poder estatal, antes que como un sujeto que se relaciona con él<sup>8</sup>. Esta concepción del Estado y

---

<sup>7</sup> LÓPEZ DIAZ, M., “La administración de la justicia señorial en el antiguo régimen”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2006, p. 558.

<sup>8</sup> MERKL, A., *Teoría general del Derecho administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 95-96.

de sus relaciones con los administrados es lo que la doctrina ha denominado Estado de Policía (*Polizeistaat*)<sup>9</sup>.

Fueron los primeros momentos del período de inicio de la modernidad los que incorporaron elementos que fueron poco a poco favoreciendo cambios importantes en las ideas, el pensamiento, la ideología y la transformación de la sociedad. Fue paulatinamente apareciendo una nueva clase social, la burguesía, que rompería los estamentos sociales que se arrastraban desde la Edad Media. Fue a su alrededor que se gestaron las ciudades, las urbes y con ellas, una red humana a su alrededor. La burguesía representaba a los que no eran siervos ni campesinos, ni a los que estaban integrados en las denominadas clases privilegiadas (nobleza y clero), ni tampoco se identificaban con los señores feudales. Se centraron en el comercio, la industria y las profesiones liberales y propiciaron un progresivo abandono del feudalismo para asumir el protagonismo social y económico del momento. En ellos se ha visto a los verdaderos artífices de la creación de los estados nacionales, empero sin que ello supusiera necesariamente una delimitación geográfica delimitada y cerrada, precisamente por la oposición a ello de los intereses dinásticos de las monarquías europeas del momento, que fluctuaban según cada momento. Este dato influyó enormemente en la misma conformación del sistema jurídico.

Ahora bien, el punto de inflexión se produce cuando comienzan a conformarse unas estructuras políticas europeas entre los siglos XIV y XVI. Probablemente es a partir de finales del siglo XV cuando comienzan en las diversas monarquías occidentales el reparto de poderes, territorios,

---

<sup>9</sup> GARRIDO FALLA, F., “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto 1989, p. 8.



con un enorme poder eclesial latente en Occidente –con enorme protagonismo de la Inquisición, y con un escenario de cada vez más lucha por el poder económico-político<sup>10</sup>.

Fue ya en el siglo XVIII cuando surge el pensamiento ilustrado y con él las grandes revoluciones: por un lado, la industrial, que propició la aparición de capitalismo; por otro, la revolución burguesa, e igualmente la revolución liberal, asentada en un pensamiento ideológico-político, que inspiró la Revolución francesa y las revoluciones de independencia americanas. El pensamiento humanista y la Ilustración fueron la base férrea que sostuvo la crisis del pensamiento europeo del momento. Hay un elemento fundamental de este nuevo pensamiento: emerge la idea del Hombre-persona, eje sobre el que se van a conformar los ordenamientos; van a ir dejando paso de la consideración o concepción de “súbdito” a la de conquistar el significado político de “ciudadano”<sup>11</sup>.

Este fue el escenario desde el que comenzó a gestarse el mundo moderno, y en él destacamos dos elementos esenciales: por un lado, la aparición con mucha fuerza de la burguesía y sus reivindicaciones y, por otro, la de las fuerzas campesinas, elementos para generar la crisis del feudalismo y la aparición del mundo moderno en el que se da una cierta entidad territorial, estableciéndose el poder central fuerte, una supresión o minimización del poder feudal, la creación de una infraestructura sólida con burocracia, finanzas, ejército y diplomacia<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> ROMANO, R., TENENTI, A., *Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento*, Madrid, Siglo XXI, 1971, p. 197.

<sup>11</sup> BARONA VILAR, S., *El proceso penal desde la Historia*, en prensa.

<sup>12</sup> ROMANO, R., TENENTI, A., *Los fundamentos del mundo moderno*, cit., p. 269. Como señalan estos autores “*es pues en este marco imperial donde maduran los destinos*

En todo este entorno histórico fue esencial, por ello, el Humanismo, receptor de un movimiento cultural e intelectual vivido especialmente en Francia e Inglaterra desde finales del siglo XVII y que podría decirse que culminó con la Revolución francesa. Se trata de la Ilustración, un momento absolutamente trascendental para el pensamiento, en cuanto suponía el abandono del tiempo en tinieblas vivido por la Humanidad en periodos anteriores y especialmente en el Medievo, para favorecer la apertura hacia nuevas ideas en lo económico, en lo político, en el pensamiento, en la ciencia y en lo social, además de obviamente lo jurídico.

En el siglo XVII hubo alguna reacción de quienes veían en esta nueva concepción una pérdida de sus propios intereses, intentando retornar a la sociedad medieval, cristiana y feudal que los había privilegiado. Sin embargo, el pensamiento iluminista evitó una vuelta atrás.

Con la Revolución francesa esta concepción de las relaciones entre Estado y ciudadanos evoluciona puesto que se reconoce que existen una serie de derechos individuales inalienables, que todo soberano debe respetar. Probablemente la Revolución francesa supuso el punto de inflexión, pero el arrastre, el movimiento de ideas, de la nueva manera de concebir las relaciones entre quienes ocupaban el poder y quienes eran súbditos de éstos ya estaba gestándose desde épocas anteriores y especialmente en la etapa iluminista<sup>13</sup>. Esta toma de conciencia conlleva la necesidad de repensar el contenido de la relación entre Estado y sujetos, pasándose así del

---

*de Europa entre 1450 y 1550. Extraordinario renacimiento de una idea, aunque no siempre revelada y manifiesta en la conciencia de los actores; pero en estos años todo parece confluir, directa o indirectamente, hacia este fin”.*

<sup>13</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I. Historia de las instituciones juridico-administrativas -1*, cit. pp. 73-105.

hasta entonces Estado de Policía al conocido como Estado de Derecho, y de los súbditos a los ciudadanos.

## **2. Principios básicos del Derecho administrativo**

La construcción del Derecho administrativo se efectúa en este escenario de la Revolución francesa por los motivos expuestos *supra*, siendo diversos los conceptos-clave sobre los que se cimienta esta construcción, destacando a este respecto: (a) la separación de poderes y (b) el principio de legalidad. Debemos referirnos a éstos dos ejes nucleares de la disciplina para entender las respuestas estáticas que el ordenamiento ofrecía en la resolución de los conflictos administrativos. Unas respuestas que se hallaban perfectamente acopladas al engranaje administrativo diseñado.

### **2.1 La separación de poderes**

Uno de los pilares sobre los que se estructura el Derecho administrativo es la separación de poderes, dado que es sobre esta que emerge la exigencia de sistemática administrativa, de nuclear la organización y regular las estructuras y las relaciones jurídicas que se gestan tanto *ad intra* como *ad extra* de la Administración, y con carácter especial respecto de los otros poderes del Estado.

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (DDHC) declara que “*una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución*”. Esta manifestación gestaba así, una nueva manera de afrontar el modelo político de sociedad, interpretada en

el contexto del siglo XVIII y por tanto desde las coordenadas antes expuestas, pero se rompía un modelo pasado y reconocía al ciudadano como titular de derechos y garantías. El poder político queda constreñido, por tanto, por esa necesidad de tutelar derechos y garantías de los ciudadanos.

Esta idea de separación de poderes, como elemento nuclear del pensamiento revolucionario, fue incorporada en los textos posteriores: en el Decreto de 16-24 de agosto de 1789 y, dos años después, en la primera Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791.

En nuestro país, por su parte, esa influencia caló inevitablemente en el legislador español, siendo en el primer Decreto de las Cortes de Cádiz, fechado el 24 de septiembre de 1810, cuando se produce la expresa incorporación de este principio de la separación de poderes<sup>14</sup>.

Una visión global de la Historia política lleva a atribuir la paternidad de la división de poderes a Montesquieu. Sin embargo, aunque ciertamente el pensador francés expuso con absoluta claridad su pensamiento político en el que se encuadraba la necesidad de separar los poderes políticos del Estado, y justificaba plenamente el porqué de este pensamiento, no fue ni el primero ni el último que desplegó sus ideas en torno a este reconocimiento de la división o separación de poderes. Baste, al respecto, revisar el pensamiento de Aristóteles o incluso más próximo a los pensadores revolucionarios franceses, la posición sostenida por Locke.

---

<sup>14</sup> “(...) *No conviniendo queden reunidos el Poder legislativo, el ejecutivo y el judicial...*”

### *2.1.1 La separación de poderes en el pensamiento griego*

En la obra de Aristóteles se contempla, en efecto, la existencia de tres funciones del Estado: la deliberativa, la judicial y la encomendada a los magistrados<sup>15</sup>. Pero, aun cuando en su obra *Política* Aristóteles distingue la existencia de los tres mismos poderes que aparecerán reflejados en la obra de Montesquieu siglos después, lo cierto es que para el pensador griego únicamente existían realmente dos funciones, la de ejecutar, con los correspondientes aspectos de gobierno y administración encomendados a los magistrados, y la de juzgar<sup>16</sup>.

Aristóteles concibe un poder político, entendido como aquél que confluye cuando el mismo sujeto es alternativamente gobernante y gobernado, según las normas de la ciencia política, que se encuentra dividido en diferentes órganos con funciones diversas.

Pero Aristóteles no propugna en realidad una separación de poderes equilibrada, sino más bien, un poder fuerte, concentrado en un único órgano, que delega algunas funciones específicas en otros órganos.

Este pensador recoge también la idea del denominado “gobierno mixto”, anteriormente desarrollada por Platón, pero cuyo claro expositor fue el pensador griego Polibio<sup>17</sup>. El gobierno mixto supone la intervención de todos los sectores sociales en el gobierno de la comunidad. Polibio fija en el mecanismo de control recíproco de los poderes el fundamento de las bondades del gobierno mixto.

---

<sup>15</sup> ARISTÓTELES, *Política*, Libro IV, capítulo 14.

<sup>16</sup> SOLOZABAL, J.J., “Sobre el principio de la separación de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24, noviembre-diciembre 1981, pp. 232-234.

<sup>17</sup> Vid. POLIBIO, *Historias*.

Aristóteles, por su parte, incorpora matices a la teoría del gobierno mixto de Polibio y considera que la búsqueda del equilibrio entre los dos principales poderes (el que ejecuta y el que juzga) no debe centrarse en el plano institucional sino en el social. A su entender, la formación de una fuerte clase media, sin grandes desequilibrios de riqueza, es la clave del equilibrio entre poderes<sup>18</sup>.

Por tanto, aunque ya encontramos la idea de separación de poderes en el pensamiento griego, se trata de un concepto muy embrionario que, por la realidad social de aquel momento, en nada resulta comparable al que se desarrollaría en la Revolución francesa.

### 2.1.2 Locke

El teórico de la Revolución Gloriosa de 1688 en Inglaterra es Locke, considerado el padre del liberalismo moderno, a quien se debe la idea de que la soberanía emana del pueblo y que la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la misma felicidad son derechos inherentes al ser humano, son derechos naturales, que preexisten a la configuración misma de la sociedad. El Estado debe proteger esos derechos, así como las libertades individuales de los ciudadanos. Quienes habitan un territorio deben ser tratados como lo que son, ciudadanos del mismo, y esto requería un cambio en los roles de los protagonistas o sujetos intervinientes en la *polis* y en la estructura administrativa que se gestaba.

---

<sup>18</sup> “Es evidente entonces que la comunidad política mejor es la de la clase media, y que pueden tener un gran gobierno aquellas ciudades donde la clase media sea numerosa y muy superior a ambos extremos, y si no, a uno u otro, pues agregándose procure la nivelación y evita la aparición de los excesos contrarios (1295 b)”.

En sus obras *Tratados sobre el gobierno civil*, estudió el peligro de condensar en un mismo órgano las funciones de promulgar y ejecutar las leyes. En Locke persiste así, la idea de un gobierno mixto, que asegure a los diversos sectores sociales su intervención en el gobierno y especialmente en la elaboración de las leyes, y propuso que el Gobierno estuviera por ello compuesto por un rey y un parlamento. Al parlamento le corresponde hacer leyes, y en este órgano se expresa la soberanía popular.

El autor inglés distinguió entre el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder federativo. El poder legislativo como su propio nombre indica, hace las leyes; el poder ejecutivo, respalda con la fuerza las decisiones legales, cuidando de su ejecución y el poder federativo, es en palabras del autor, el “*poder de declarar la guerra y la paz, de constituir ligas y alianzas y llevar adelante todas las negociaciones que sea preciso realizar con las personas y las comunidades políticas ajenas*”<sup>19</sup>.

Pero para Locke, los poderes ejecutivo y federativo suelen reunirse en una misma persona y es por ello que para este autor únicamente existirían dos grandes poderes, el legislativo y el ejecutivo. Su intención no fue la de consolidar un equilibrio entre las funciones del poder político, sino de advertir del riesgo de la condensación del poder. Su teoría carece, por tanto, de mecanismos que permitan el control jurídico y político del poder, en el sentido que desarrollará Montesquieu años después.

En efecto, el modelo inglés de separación de poderes se centra en la distribución equilibrada de poderes sobre la base de un equilibrio entre los

---

<sup>19</sup> Citado en SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J., “Sobre el principio de la separación de poderes”, cit., p. 218.

intereses de los distintos grupos sociales, pero ello no implica que no puedan existir interferencias entre ellos. Mientras que como veremos, para los revolucionarios franceses el ideal de separación se centra en la prohibición de interferencias entre poderes.

### 2.1.3 Montesquieu

A diferencia de Locke, Montesquieu busca un equilibrio entre los poderes del Estado, diferenciándolos, pero también limitándolos entre sí.

La gran obra de Montesquieu, *L'esprit des lois*, publicada en 1748 en Ginebra, es un libro complejo que da lugar a múltiples interpretaciones. A los efectos de lo que aquí interesa, ha de subrayarse la introducción de una nueva figura de gobierno en la obra de Montesquieu y sobre la que éste construye su teoría de la separación de poderes. Se trata de la figura del “gobierno moderado”, frente al hasta entonces gobierno mixto:

*“Parecería que la naturaleza humana se volviera con indignación y se sublevara sin cesar contra el gobierno despótico. Pues nada de eso: a pesar del amor de los hombres a la libertad y de su odio a la violencia, la mayor parte de los pueblos se ha resignado al despotismo. Esta sumisión es fácil de comprender: para fundar un gobierno moderado es preciso combinar las fuerzas, ordenarlas, templarlas, ponerlas en acción; darle, por así decirlo, un contrapeso, un lastre que las equilibre para ponerlas en estado de resistir unas a otras.”*

La principal aportación de Montesquieu reside en que, junto con esta división horizontal de poderes, desarrolla una división vertical del poder, que fue la que dio lugar a la famosa teoría de la separación de poderes.



Por un lado, Montesquieu se refiere constantemente en su obra a la supremacía de la ley y al principio de legalidad para asegurar la existencia de un gobierno de leyes y el sometimiento de todo poder a las mismas. Por otra, la teoría de la separación de poderes propiamente dicha se funda en la idea de la limitación de la excesiva concentración de poder y del freno entre los distintos poderes. Dos elementos que han influenciado palmariamente el sistema administrativo en su conjunto y han supuesto el germen esencial de ese ordenamiento jurídico administrativo de la modernidad.

Del mismo modo que para el gobierno mixto de Polibio, la separación de poderes del pensador francés se basa en la convicción de que una adecuada distribución del poder es necesaria para evitar abusos. Ambas abogan por la abolición de la concentración de todo el poder en una única figura por una de la distribución equilibrada entre los diferentes órganos.

Sin embargo, mientras en el gobierno mixto esta distribución de poderes se lleva a cabo entre tres partes de la sociedad, en el gobierno moderado de Montesquieu esa división se hace con base en las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

El poder legislativo, como su propio nombre indica, es el encargado de elaborar las leyes (promulgación, enmienda y derogación); el ejecutivo se encarga de las relaciones exteriores y la guerra, y el poder judicial es el encargado de dirimir las diferencias entre los administrados y de castigar los delitos.

Montesquieu entendía que la función judicial debía ser desempeñada por personas del pueblo designadas, por periodos fijos y de corta duración, y se oponía a que fuese un senado permanente quien ejerciera esta función, separándola así de la clase aristócrata, aun cuando aquella conservase el

conocimiento de las apelaciones<sup>20</sup>. Para el autor, la importancia de la función judicial es tal que no debe estar vinculada a ninguna clase determinada, a diferencia de la función legislativa y ejecutiva que estaban compuestas en gran medida por representantes de los diferentes estamentos sociales, el rey, la nobleza y el pueblo<sup>21</sup>.

La teoría de la división de poderes de Montesquieu sentó, por tanto, el principio de la división de funciones entre el poder político, como freno de la tiranía, y como cauce para garantizar la plena libertad de los ciudadanos. La aspiración política que sostenía este autor era la de garantizar la libertad de los ciudadanos frente a la monarquía absoluta, mediante el ejercicio de la soberanía compartida entre las diversas fuerzas sociales, por medio de órganos específicos. Obviamente, como señala MONTERO AROCA, “*la construcción de Montesquieu se incardina en un país y en un momento histórico. A la vista de las fuerzas sociales existentes en Francia en el Siglo XVIII, se trataba de distribuir entre ellas el poder político*”<sup>22</sup>. Evidentemente, un gran paso se daba con esta transformación ideológica.

La Revolución francesa incorpora la separación de poderes, pero no como atribución de potestades a tres poderes diferenciados, como llevado a cabo en el modelo inglés, sino como garantía de separación entre esos poderes y de prohibición de interferencias entre ellos. Más adelante en este trabajo veremos como lo que en un primer momento se construyó como un modelo de Justicia retenida con la figura del Consejo de Estado en Francia, que asesoraba al poder ejecutivo en la toma de decisiones, pero siendo éste

---

<sup>20</sup> DÍAZ BRAVO, E., “Desarrollo histórico del principio de separación de poderes”, en *Revista de Derecho*, núm. 38, Colombia, julio-diciembre 2012, pp. 240-270.

<sup>21</sup> Particularmente ilustrativo resulta el Libro XI, Capítulo IV de *L'Esprit des lois*.

<sup>22</sup> MONTERO AROCA, J., (con Gómez Colomer-Barona Vilar), *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 24 ed., p. 60.

quién finalmente decidía, con el paso de los años devino en un sistema de Justicia delegada en el que el Consejo de Estado francés era quién resolvía los asuntos contencioso-administrativos.

Lo cierto es que como apunta MUÑOZ MACHADO<sup>23</sup> en ningún momento histórico se logró o se ha logrado alcanzar un “*equilibrio perfecto*” entre los poderes del Estado, sino que en la práctica siempre ha habido alguno que prevaleciera sobre el resto. En este sentido, apunta el autor que en Europa hasta finales del siglo XX el poder predominante fue el legislativo, como analizaremos en el siguiente epígrafe de este trabajo.

Por último, conviene incidir en que gran parte de la doctrina ha rechazado que la separación de poderes pueda entenderse como explicación técnica a la especial posición de la Administración frente a los tribunales, y ello derivado en gran parte, del hecho de que como apuntado, no resulta posible afirmar que exista un real equilibrio entre poderes. Baste pararse a pensar en que la propia jurisdicción contencioso-administrativa supone el sometimiento del control de un poder, el ejecutivo, al poder judicial<sup>24</sup>.

Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, la especial posición de la Administración frente a los tribunales debe entenderse “*como un sistema de autotutela*” puesto que “*la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.*”

---

<sup>23</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I. Historia de las instituciones jurídico-administrativas -I*, cit., pp. 20-23.

<sup>24</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, en Moneda y crédito núm. 128, 1974, pp. 81-82.

*Es este principio de autotutela el que es capaz de explicar en unidad todo ese complejo sistema posicional”<sup>25</sup>.*

La incorporación de la autotutela de la Administración a nuestro ordenamiento y su virtualidad actual serán objeto análisis en apartados posteriores de este primer Capítulo.

## **2.2 Principio de legalidad**

El segundo pilar del Derecho administrativo moderno es el denominado principio de legalidad. Para MUÑOZ MACHADO, *“legalidad significa primacía de la ley, también superioridad o jerarquía con respecto de cualquier otra clase de norma; explica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afectan los derechos y libertades; y está conectada, igualmente con la idea de habilitación”<sup>26</sup>.*

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA declara que *“el Derecho administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del “reino de la ley”, el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente “en virtud de la Ley” se puede exigir obediencia”<sup>27</sup>.*

Legalidad implica tanto que la Administración está condicionada por la Ley, como que está delimitada por la misma. La primera idea nace en

---

<sup>25</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, cit., p. 82.

<sup>26</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general, Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 99.

<sup>27</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1996, 2ª ed., p. 40.

los gobiernos asamblearios, en los que la falta de leyes de atribución de poderes implicaba que la Administración no podía actuar; la segunda idea surge de las Constituciones francesas de la Restauración, y también en Alemania, donde la falta de leyes suponía que la Administración podía actuar a su libre albedrío<sup>28</sup>.

Fue en el artículo 4 de la DDHC de 1789 cuando se recogió por primera vez la idea fundamental de que el objeto de la ley es el de asegurar la libertad, garantizando la coexistencia de los ciudadanos entre sí: *“la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; de este modo el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos”*, concluyendo que *“esos límites no pueden establecerse más que por la ley”*.

La función de la ley es, a tenor de lo que estatuye el artículo 6 de la Declaración de 1789, la de articular las libertades de todos entre sí. En este sentido, los individuos no pueden ser libres sin leyes.

La construcción revolucionaria no termina ahí. La ley es, además, el único título para poder exigir obediencia a los individuos y así se recoge en el artículo 5 de la citada Declaración, a cuyo tenor, *“Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y a nadie puede ser forzado a hacer algo que la Ley no ordena”*. Nadie puede ser obligado a obedecer si no es *“en nombre de la ley”* (artículo 7).

Bajo el Antiguo Régimen, el Rey podía actuar bajo normas generales no vinculadas a ninguna ley y a su vez, los jueces, a quienes se habría

---

<sup>28</sup> CASSESE, S., *Derecho administrativo: Historia y futuro*, cit., p. 342.

trasladado el poder absoluto del Rey, decidían según la conocida como “razón de Estado” y no conforme a una norma<sup>29</sup>.

La técnica de la legalización del poder fue la base sobre la que se formó todo el Derecho público moderno, desde la Revolución francesa, y que se consolidó en la era napoleónica. Podemos hablar, por tanto, de una *juridificación del poder*.

En efecto, desde Napoleón el Derecho administrativo se centra en las legalización de las competencias de la Administración, como técnica de ordenación y de control, así como un sistema de seguridad jurídica de la ciudadanía sobre la acción de la Administración<sup>30</sup>. Sin embargo, como analizaremos, el principio de legalidad, como concebido originariamente, vinculado en sentido estricto a las “leyes”, se ha visto superado hoy en día por la proliferación de otras normas, de rango superior o inferior, nacional o supranacionales, así como de principios y valores a los que la Administración se encuentra hoy en día sometida. No es posible sostener que en la actualidad la Administración está vinculada única y exclusivamente por las normas de rango de ley, sino que está sometida a la ley y al Derecho.

---

<sup>29</sup> A título ilustrativo, “*Y aun cuando la ley no cambiara, la manera de aplicarla variaba cada día. Es preciso contemplar a la administración del antiguo régimen en plena actuación, leyendo los documentos secretos que ha dejado, para hacerse idea del desprecio en que acaba por caer la ley, hasta en el mismo espíritu de quienes la aplican, cuando ya no hay ni asamblea política ni periódicos que contengan la actividad caprichosa y limiten el humor arbitrario y tornadizo de los ministros y sus gabinetes.*

*Apenas se encuentran decretos del consejo que no recuerden leyes anteriores, a menudo de fecha muy reciente, que habían sido promulgadas, pero no ejecutadas. No había, en efecto, edicto, declaración del rey ni cartas abiertas solemnemente promulgadas que no sufrieran mil atenuaciones en la práctica. Como puede verse por las cartas de los inspectores generales y de los intendentes, el gobierno permite constantemente actuar por excepción de modo distinto al ordenado. Muy raras veces quebranta la ley, pero cada día la hace plegarse suavemente en todos los sentidos, según los casos particulares y para mayor facilidad de los asuntos”, en TOCQUEVILLE, A, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Capítulo VI, libro segundo, Madrid, Guadarrama, 1969, p. 102.*

<sup>30</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces...*, cit, p. 40.

### *2.2.1 La construcción del principio de legalidad*

Para los revolucionarios franceses, la ley es el producto de la voluntad general y es la expresión del principio democrático. Esta idea proviene del pensamiento rousseauiano conforme al cual *“cuando el pueblo estatuye para sí mismo, lo hace en materia general, como la voluntad que estatuye, a este acto le llamo ley”*<sup>31</sup>.

Rousseau entiende que la soberanía reside en el pueblo y se expresa a través de la voluntad general, cuyo máximo exponente son las leyes.

Numerosas son las definiciones que Rousseau establece a lo largo de sus textos del concepto de “voluntad general”. Así, en su obra *Manuscrito de Ginebra*, primera versión de *El Contrato Social*, Rousseau declara que *“la voluntad general es en cada individuo un acto puro del entendimiento que razona en el silencio de las pasiones sobre lo que el hombre puede exigir de su semejante, y lo que su semejante tiene derecho a exigir de él”*. Finalmente, en *El Contrato Social* añade lo siguiente: *“La voluntad general es siempre recta y siempre tiende a la utilidad pública; pero no se sigue que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Con frecuencia hay mucha diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; esta solo mira al interés común, la otra mira al interés privado, y no es más que una suma de voluntades particulares: pero quitad de estas mismas voluntades los más y los menos que se destruyen entre sí, y queda por suma de las diferencias la voluntad general”*.

Sin embargo, la voluntad del pueblo no puede entenderse como voluntad general, sino que la voluntad del pueblo únicamente puede llegar a

---

<sup>31</sup> ROUSSEAU, J.J., *Del Contrato Social*, libro I, Capítulo VI, disponible en: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20EI%20Contrato%20Social.pdf>

ser voluntad general mediante la deliberación, que la convierte en inalienable e indivisible. Rousseau considera que para ser libre no se debe estar sometido a ninguna voluntad particular. El Hombre en el estado de naturaleza es independiente y no está sometido a ninguna autoridad política. Sin embargo, este autor considera que la comunidad política creada por el contrato social y gobernada por la voluntad general es también una situación de libertad. Es la denominada *obligación de ser libre*<sup>32</sup>.

Esta concepción de primacía de la Ley fue tratada también por Montesquieu, pero el autor francés se limitó a distinguir entre ley natural y ley positiva, siendo la primera aquella que es común a todos los Hombres mientras que las leyes positivas son diferentes en cada pueblo. La ley natural se limita a enunciar un principio y las leyes positivas establecen las modalidades bajo las cuales ha de aplicarse dicho principio, con los matices y consecuencias que correspondan. Montesquieu distingue tres tipos de leyes positivas: las que regulan las relaciones entre los grupos independientes, las que regulan las relaciones dentro de un grupo y las que regulan las relaciones entre gobernantes y gobernados.<sup>33</sup>

En todo caso, en palabras de Montesquieu, “*la ley, en general, es la razón humana en cuanto se aplica al gobierno de todos los pueblos sobre la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra*

---

<sup>32</sup> “*Para que el pacto social no sea, pues, una fórmula vana, entraña tácticamente este compromiso, el único que puede dar fuerza a los demás, de que cualquier que se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo: lo cual no significa otra cosa que se le forzará a ser libre; pues tal es la condición que, dando cada ciudadano a la patria, le asegura de toda dependencia personal; condición que constituye el artificio y el juego de la máquina política, y la única que legitima los compromisos civiles que sin eso serían absurdos y tiránicos y estarían sometidos a los más grandes abusos.* En ROUSSEAU, J.J., *Del Contrato social*, libro I, cap. VII.

<sup>33</sup> BOBBIO, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1975, p. 124.



*cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana*". El principio de legalidad es pues, uno de los fundamentos del ideario revolucionario en virtud del cual la ley no es simple y llanamente un mandato general, sino que se trata del instrumento que articula las libertades de los ciudadanos entre sí, y que permite su coexistencia como garantía de igualdad.

Ha de tenerse en cuenta que en la época absolutista la única fuente del Derecho era la persona del Rey, que podía actuar tanto por normas generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquéllas. Los revolucionarios franceses por su parte, defendían que la fuente del Derecho es la voluntad general y que su única forma de expresión es la ley general<sup>34</sup>. Así se recogió en un primer momento en la Declaración de derechos de 1789 y posteriormente, en la Constitución francesa de 1791, cuyo artículo 3, sección primera, capítulo II afirma "*No existe en Francia ninguna autoridad superior a la ley. El rey<sup>35</sup> no reina salvo por la ley, y es únicamente en nombre de la ley que puede exigir obediencia*", es decir, se declara la supremacía de la ley y el sometimiento de toda autoridad y ciudadano a las leyes.

Frente a los privilegios y derogaciones propios del sistema absolutista, la ley, tal y como la conciben los revolucionarios, únicamente contiene preceptos generales, universales, que alcanzan por igual a todos los ciudadanos, que generalizan y unifican. Es el denominado "*derecho*

---

<sup>34</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*. I, cit., p. 456.

<sup>35</sup> Se trata de una Constitución monárquica y de ahí la aclaración de que el Rey reina únicamente para y por la ley, diferenciándose así del periodo absolutista.

común de los franceses” en la famosa fórmula de la decisión de la Asamblea Constituyente de 4 de agosto de 1789<sup>36</sup>.

GROETHUYSEN define de manera clara el papel fundamental de la ley en el pensamiento revolucionario: *“Es en la soberanía constante de la ley ejerciéndose sobre todos sin excepción en lo que primeramente parece que puede conciliarse el ideal de la unidad del Estado y las reivindicaciones que exigen que ningún hombre dependa de otro y que todos los hombres sean iguales en Derecho. La Ley en su estabilidad se opone a lo que la voluntad particular tiene de cambio, de aleatorio. De una parte, lo arbitrario, lo caprichoso, los saltos de humor del despotismo; de otra, la Ley estable y equitativa. La Ley que cuida el interés general, que defiende el bien público contra los intereses versátiles y contradictorios de los particulares. En el lugar de la dominación del hombre se quiere poner la de la Ley. El hombre libre no puede obedecer a otro hombre, no puede someterse más que a la Ley. Debe ser completamente independiente de todo poder, salvo del de la Ley. No hay ante la Ley ninguna excepción, ningún privilegio. Todos deben ser iguales ante la Ley, excluyendo todo arbitrario personal. Es así como se concibe el Estado. Cada uno tendrá entonces la conciencia de ser igual a cualquier otro hombre, porque está, como cualquier otro hombre, sometido a la Ley común. El Rey mismo debe estar sometido a la Ley y no reinar más que por ella. La Ley es un ser impersonal que, por su carácter general, crea la unidad entre todos. Sin consideración a las personas, se mantiene a través de todos los caprichos, de todos los intereses particulares. Independiente de los hombres, reposa sólidamente sobre sí misma”*<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces...*, cit., p. 43.

<sup>37</sup> GROETHUYSEN, B., *Philosophie de la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1956, pp. 252-253.

Amén de ello, el principio de legalidad constituye un instrumento contra la estructura política del Estado absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal de gobierno por y en virtud de la ley<sup>38</sup>. En palabras del propio GARCÍA DE ENTERRÍA, “*todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley; sólo en nombre de la Ley se puede exigir la obediencia*”<sup>39</sup>.

Sentado lo anterior, separación y principio de legalidad no son compartimentos estancos, sino que ambos deben ponerse en relación, y ello por cuanto la ley es el marco de actuación de los poderes del Estado. En efecto, el legislativo es quién promulga, modifica y deroga las leyes, pero por su parte, el poder ejecutivo se encuentra limitado por éstas, y el poder judicial vela por su cumplimiento. En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, es esta técnica de sometimiento de toda la estructura del Estado a la ley lo que propiamente se denomina principio de legalidad: “*La Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se superpone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la Revolución instaura, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos*”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Madrid, Taurus, 1981, 2ª ed., p. 14

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p.14.

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*. I, cit., p. 458.

RIALS ha denominado *legicentrismo* a esta técnica constitucional que “*encarga a la ley la efectividad de los derechos y hasta la implantación social de las instituciones y garantías que son imprescindibles para su desenvolvimiento*”<sup>41</sup>.

Ese legicentrismo no solo fue fruto de un momento histórico concreto, aquel que se puede considerar dio origen al Derecho administrativo, sino que hoy en día la estabilidad de la regulación legal es un elemento clave en todo Estado de Derecho, en el que la seguridad jurídica y la certeza sobre la actuación de la Administración son elementos esenciales. Y no únicamente en clave de certeza, sino también como garantía de Justicia y de igualdad de los ciudadanos.

Dispone la DDHC de 1789 que “*ningún hombre puede ser acusado, encarcelado ni detenido sino en los casos determinados por la ley, y según las formas por ella prescritas*”<sup>42</sup>, “*la ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias; nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada*”<sup>43</sup>, “*todo hombre se presume inocente mientras no ha sido declarado culpable*”<sup>44</sup>.

Y dicha idea de sumisión de la Administración a la legalidad tuvo su corolario en la primera Constitución francesa de 1791, que además de incorporar al texto los 17 artículos de la DDHC de 1789, reguló extensamente una monarquía constitucional en cerca de 210 artículos.

---

<sup>41</sup> Citado en MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo III, cit., p. 18.

<sup>42</sup> Art. 7

<sup>43</sup> Art. 8

<sup>44</sup> Art. 9

Así, a título ejemplificativo, el artículo 4 de la Constitución francesa de 1791 declaraba que *“pertenece al poder legislativo determinar las reglas y el mecanismo de sus funciones, tanto sobre las materias arriba expresadas como sobre las otras cuestiones de la administración interna”*, estableciendo a continuación en sus artículos 5 y 6 un sistema de control de observancia de la ley: *“El rey tiene el derecho de anular las actas de los administradores de departamento contrarias a las leyes u ordenanzas aplicables”*<sup>45</sup> y *“los administradores departamentales tienen el mismo derecho de anular las actas de los subadministradores de distrito contrarias a las leyes u ordenanzas de los administradores departamentales, o las ordenanzas que estos últimos hubieran dictado o transmitido”*<sup>46</sup>.

Ese eje nuclear, esa centralidad legislativa, como consideramos *supra*, no solo emergió en Francia y en la época de la Revolución francesa, sino que ha sido un elemento nuclear de los restantes ordenamientos europeos desde ese momento, salvo aquellos momentos en la Historia en los que se ha sufrido periodos de excepción democrática.

### *2.2.2 Vinculación actual entre Administración y principio de legalidad*

En España, el principio de legalidad se recoge expresamente en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna a cuyo tenor se *“garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o*

---

<sup>45</sup> Art.5

<sup>46</sup> Art.6

*restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos*". Ahora bien, no es éste el único precepto constitucional que refiere al principio de legalidad, dado que para las Administraciones Públicas lo relevante a este respecto se regula en los artículos 103 y 106 de la Constitución española (CE):

(i) El artículo 103.1 dispone que *"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"*.

(ii) El artículo 106.1, por su parte, contempla 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"*.

El 103 de la CE establece, por tanto, un mandato abstracto de la Administración mientras que el artículo 106 establece la garantía para el cumplimiento de lo anterior.

En todo caso, es evidente que la vinculación de la Administración a la ley es distinta de la que pueden tener los particulares. En las relaciones jurídico-privadas, la ley es el marco en el que los particulares desarrollan sus actividades, persiguiendo sus intereses y respetando la libertad de los demás. La ley por así decirlo, determina los confines de lo lícito e ilícito y de ahí que se hable en este sentido, de vinculación negativa a la ley.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> *"Negative Bindung"* en palabras de WINKLER, citado en FALCÓN Y TELLA, M.J., *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 336.

Pero a su vez, existe una vinculación positiva de la Administración a la misma, dado que ninguna actuación administrativa es lícita si no existe una previa habilitación legal, es decir, si la ley no ha atribuido a la Administración el poder o la potestad para llevar a cabo dicha actuación. Bajo esta interpretación, todo lo que no está expresamente permitido por una ley, está prohibido<sup>48</sup>. El máximo defensor de esta tesis de la habilitación positiva ha sido GARCÍA DE ENTERRÍA, para quién el principio de legalidad no supone únicamente que la Administración está sometida a la ley, sino que además, que potestades de actuación le son siempre atribuidas de modo concreto y específico por la ley<sup>49</sup>.

De conformidad con esta doctrina, la ley es la norma máxima que legitima la actuación de la Administración y fuera de ella no existen potestades administrativas. La ley delimita, por tanto, el ámbito del derecho y la libertad. Ello no supone que la ley deba concretar con total precisión estas atribuciones, es decir, la predeterminación legal de la conducta de la Administración no ha de precisarse necesariamente. En este sentido, la ley puede optar por concretar al detalle estas atribuciones, en cuyo caso estaremos ante potestades vinculadas o regladas, o bien, dejar un margen, más o menos amplio, para la decisión administrativa, en cuyo caso estaremos ante potestades discrecionales. Bajo este prisma, sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima.

Podemos referirnos en este sentido, a la denominada *vía de hecho*, figura que, aunque no se encuentra expresamente definida en la normativa

---

<sup>48</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 88.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Civitas, 2001, p. 128.

administrativa, sí se encuentra numerosas veces referenciada en la misma. Así, por ejemplo, el artículo 9.4 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) establece que los Tribunales y Juzgados del orden contencioso-administrativo conocerán, entre otras cuestiones, de las pretensiones que se deduzcan “*contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho*”.

Así, la vía de hecho es un concepto surgido de la jurisprudencia y de la doctrina, a raíz de la inatacabilidad del acto administrativo por vía interdictal<sup>50</sup>. Se trata de una actuación administrativa carente de respaldo legal ya sea porque la Administración ha actuado sin que estar legalmente legitimada para ello, o bien porque la Administración ha actuado sin observar el procedimiento establecido a tal efecto en la norma. Ello abarca por tanto, no solo que el acto administrativo carece de cobertura, sino también aquellos supuestos en que la Administración se ha excedido de sus límites a la hora de dictar un acto, y por tanto, se ha extralimitado de su título legitimador<sup>51</sup>.

La vía de hecho implica la pérdida de la presunción de legalidad (autotutela declarativa) y de la ejecutoriedad (autotutela ejecutiva), así como la nulidad de pleno derecho del acto administrativo a tenor del artículo 47.1.e) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid. LÓPEZ MENUDO, F., “Vía de hecho”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario de Derecho administrativo, Tomo II*, Madrid, Iustel, 2005, pp.2651-2660.

<sup>51</sup> Entre otras, Sentencia Tribunal Supremo de 22 de septiembre 2003 (rec. 8039/1997) (EDJ 2003/108348).

<sup>52</sup> LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid, Civitas, 1988, p. 125.



La referencia a esta figura nos permite ilustrar que existen efectivamente en nuestro ordenamiento garantías para el ciudadano frente a actuaciones inválidas de la Administración, cuando ésta se excede de los límites y las potestades que le atribuye la ley.

En este sentido, como dispuso en su día HAURIOU, “*hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe pero que pague el perjuicio*”<sup>53</sup>. Este sería el origen de lo que hoy conocemos como la responsabilidad patrimonial del Estado, la idea de una garantía patrimonial por parte de la Administración para hacer frente a sus responsabilidades. La Administración goza de privilegios, pero debe actuar siempre con respeto al Derecho y al ordenamiento jurídico y al servicio de los intereses generales; y en caso contrario, no ha lugar a que no responda por sus actos.

La vinculación positiva de la Administración a la ley puede entenderse también como el sometimiento de la Administración a la ley a la hora de adoptar sus normas propias, puesto que la Administración puede amparar iniciativas propias al servicio de los intereses generales y llevar a cabo actuaciones que no hayan sido expresamente habilitadas por una ley previa. A mayor abundamiento, no ha de olvidarse que la Administración tiene un margen de discrecionalidad propia en la aplicación de la ley, la famosa *discrecionalidad administrativa*, que ha sido objeto de gran análisis por la doctrina y que aún hoy en día sigue siéndolo. La discrecionalidad

---

<sup>53</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo. II*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, 13ª ed., p. 369.

es básicamente la libertad de decisión de la Administración entre varias alternativas igualmente válidas conforme a Derecho. Este concepto está relacionado con la propia legitimidad democrática derivada del Estado de Derecho.

Sin embargo, la teoría de la vinculación positiva de la Administración a la ley ha ido perdiendo fuerza tras la aprobación de la Constitución de 1978, puesto que la ley ha dejado de ser la norma superior de nuestro ordenamiento, siendo que su propia legitimidad vendrá determinada por su conformidad con los principios, valores y derechos establecidos en la norma constitucional.

En efecto, el papel de la ley en nuestro país se encuentra hoy en día, restringido por la supremacía de la Constitución. Podría decirse que hoy en día el “Estado de Derecho legal”<sup>54</sup> se ha visto superado por el “Estado constitucional de Derecho”, o que el principio de constitucionalidad ha rebasado al de legalidad, puesto que es precisamente la Constitución la que limita al legislador tanto formal como materialmente<sup>55</sup>.

Hoy en día es la Constitución la que vincula a los poderes públicos y fija los principios, valores y derechos fundamentales; y es en torno a la misma que se establecen los criterios de validez de las normas<sup>56</sup>. En palabras de CRUZ, la validez de una ley “*depende ahora de un juicio de*

---

<sup>54</sup> Término empleado por MUÑOZ MACHADO en *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General, Tomo III*, cit., p. 21.

<sup>55</sup> PECES BARBA considera que “*No parece desacertado dar a este tipo de Estado el nombre de “constitucional”*”, puesto que los criterios de validez de la norma básica se encuentran principalmente en el seno de la Constitución. No es una superación del Estado de Derecho, sino su etapa superior. Un Estado de Derecho, hoy, no se concibe sin Constitución. Contraponer Estado de Derecho y Estado constitucional es, a mi juicio, un error”, en *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 125.

<sup>56</sup> Vid. FAVOREAU, L., *Droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 2004, p. 321

*conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales por parte de un Tribunal Constitucional”*<sup>57</sup>. Es el fenómeno que MUÑOZ MACHADO ha acertadamente acuñado como *constitucionalización de la legalidad*<sup>58</sup>.

Pero no solo destaca la primacía de la Constitución, sino que se han multiplicado los centros de poder y con ello, los legisladores<sup>59</sup>. Es más, la propia Constitución reconoce una potestad reglamentaria a los entes territoriales y prevé reservas materiales de ley, pero lo cierto es que como apunta MIR PUIGPELAT, no se trata de una reserva absoluta<sup>60</sup>.

Existe la denominada reserva de ley que impide que determinadas materias sean reguladas por normas que no tengan rango de ley. En este sentido, conviene hacer referencia a la potestad reglamentaria de la Administración. En la visión tradicional del principio de legalidad la Administración únicamente podía dictar reglamentos con encargos concretos, pero a día de hoy la potestad reglamentaria ha sobrepasado a la legislativa.

La potestad reglamentaria se atribuye al Gobierno en el artículo 97 de la CE, y está sometida al control de los tribunales, al mismo nivel que la legislativa, quedando excluida la reserva exclusiva en favor del Tribunal

---

<sup>57</sup> CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L., *La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005, p. 4.

<sup>58</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, cit., p. 105.

<sup>59</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, cit., p. 24.

<sup>60</sup> VON BOGDANDY, A., MIR PUIGPELAT, O., *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 266.

Constitucional para declarar su posible inconstitucionalidad<sup>61</sup>. En todo caso, como hemos apuntado, aun cuando la potestad reglamentaria existe y es de primer orden, la ley prima sobre los reglamentos en virtud del principio de jerarquía normativa.

Considerando lo anterior, el principio de legalidad debiera entenderse hoy como principio de juridicidad. Es decir, como apunta MUÑOZ MACHADO<sup>62</sup>, la Administración no está sometida solo a la ley, sino que está sometida al Derecho, incluyendo tanto normas superiores como normas inferiores a la ley, supranacionales y estatales, así como principios y valores.

### 2.2.3 Principio de legalidad y poder judicial

Echando la vista atrás, la Revolución francesa supuso también una mutación de la figura del juez en el ordenamiento jurídico. El juez, desconectado de su papel de dispensador de Justicia, se convierte en el aplicador estricto de la ley.

El principio de legalidad conlleva la atribución de potestades a la Administración, pero conviene incidir en que como apuntan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, las potestades de la Administración son “*una derivación de un status legal*” y por ende, requieren de una habilitación normativa previa<sup>63</sup>. Es por ello que son intransmisibles, inalienables e irrenunciables.

---

<sup>61</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*. I, cit., p. 195.

<sup>62</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, cit., p. 102.

<sup>63</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*. I, cit., p. 467.

Así las cosas, la reserva de ley constituye una garantía efectiva para evitar la autoatribución de potestades por parte de la Administración, haciendo uso de su potestad reglamentaria.

En este sentido, debemos referirnos brevemente a la distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales puesto que la misma tiene consecuencias sobre el sistema de autotutela administrativa y, por ende, sobre el control de la actuación administrativa por parte de los tribunales.

MUÑOZ MACHADO diferencia entre potestades regladas y discrecionales señalando que *“si los fines a que tiene que dirigirse la actuación administrativa y las decisiones que puede legítimamente adoptar, en su función de servicio a los intereses generales, están predeterminados en la norma, las potestades de la Administración están vinculadas a las previsiones de dicha regulación y se denominan, por ello, regladas. Si la Administración, por el contrario, puede definir su propia política de actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y válidas, estamos ante una potestad discrecional”*<sup>64</sup>.

Es decir, si la ley delimita y fija todas las condiciones para el ejercicio de la potestad, de manera que la actuación de la Administración opere únicamente de manera “automática”<sup>65</sup> se trata de una potestad reglada. Mientras que, por el contrario, las potestades discrecionales sí conllevan

---

<sup>64</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General, Tomo III*, cit., p. 230.

<sup>65</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R. califican esta operación de “automática”, aun cuando requieran de procesos interpretativos, en *Curso de Derecho administrativo. I*, cit., p. 478.

un margen de valoración para la Administración, como, por ejemplo, la mencionada potestad reglamentaria.

En todo caso, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ identifican cuatro elementos reglados que deben concurrir en el ejercicio de toda potestad discrecional: su existencia, su extensión, la competencia para ejercerla y su finalidad específica<sup>66</sup>. Y en todo caso, los autores añaden que la remisión de la ley al juicio de la Administración no puede ser nunca total, sino meramente parcial<sup>67</sup>. Pero es cierto que los linderos entre lo discrecional y lo reglado no son siempre tan evidentes.

Originariamente, la discrecionalidad estaba excluida de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que se equiparaba a los actos de autoridad o de imperio<sup>68</sup>. Frente a lo acaecido en Francia con la aparición del *excès de pouvoir*, en nuestro país el sometimiento de la discrecionalidad al control de los tribunales ha sido más lenta, ya que no fue hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 que se extendió el control judicial a las potestades discrecionales de la Administración. Y en este sentido, hoy en día la CE establece en sus artículos

---

<sup>66</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*. I, cit., p. 479.

<sup>67</sup> Así lo establecía, además, el Expositivo IV de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (“Objeto del recurso contencioso-administrativo”: “*al relacionar los actos excluidos de la fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un bloque (...)*”).

<sup>68</sup> En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 dispuso en su artículo 1º que “*el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración ó por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: 1º. Que causen estado. 2º. Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas. 3º. Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento ú otro precepto administrativo.*”

24 y 103.1 que corresponde a los tribunales el pleno control de la actividad administrativa, que, a su vez, está sometida a la ley y al Derecho.

Pero lo cierto es que los límites de ese control de la jurisdicción han dado lugar a importantes debates. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA ha defendido el control judicial de la Administración como parte del control del propio sometimiento a la ley y al Derecho y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>69</sup>. En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO considera que “*no es posible defender seriamente que la Constitución limite el control judicial de la actividad administrativa porque eso supondría aceptar que no está la Administración plenamente sometida a la ley y el Derecho, que la tutela judicial de los ciudadanos presente fisuras y límites o que no tiene virtualidad plena el sometimiento de la Administración a la Justicia, limitaciones, cualquiera de ellas, contrarias a los términos expresos de los artículos 103.1, 24 y 106.1 CE*”<sup>70</sup>. Pero frente a ellos, PAREJO ALFONSO se ha manifestado a favor de un control de la actuación administrativa de legalidad, pero no de razonabilidad, por cuanto el juez “*no desempeña función alguna en la creación de normas jurídicas*”<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Especialmente, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit. Posición que sería defendida también por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. en *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994. Ambos autores contemplan, además, la posibilidad de sustitución por los jueces de las decisiones administrativas

<sup>70</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, cit., p. 255.

<sup>71</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 47-21. Pero lo cierto es que reconoce la posibilidad de sustitución por el juez de la decisión administrativa cuando exista una regla de derecho objetivo (aplicación directa de un precepto legal) que permita determinar una solución concreta.

A nuestro entender, en esencia lo que propugna el artículo 106 de la CE es que ningún ámbito de la actuación administrativa quede exento de control, y a efectos de este trabajo, ello no excluye la inclusión de otros mecanismos de resolución de controversias distintos de los tribunales, ni mucho menos los prohíbe<sup>72</sup>.

En todo caso, ese mayor o menor margen de discrecionalidad de la Administración es el que tiene consecuencias en el control por parte de los tribunales, y, por tanto, esta mayor o menor discrecionalidad es la que habrá que tomar en consideración a la hora de determinar si una determinada materia puede o no ser susceptibles de ser sometida a arbitraje. No ha de olvidarse que aquellas cuestiones indisponibles o íntimamente relacionadas con el interés público no podrán bajo ningún concepto ser controladas por un tercero.

Lo relevante no deja de ser pues, la apreciación del interés público en la discrecionalidad administrativa<sup>73</sup>. La Administración debe actuar siempre apreciando el interés público, y ello debe conectarse con la técnica de la desviación de poder que se crea por el Consejo de Estado francés a finales del siglo XIX y que actualmente se encuentra expresamente definida en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)<sup>74</sup>. Por tanto, la misma refiere a la necesidad de que la Administración actúe siempre dirigida a la

---

<sup>72</sup> MORENO LINDE, M., “El arbitraje en el ámbito administrativo. En especial, en la contratación pública”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

<sup>73</sup> “La discrecionalidad supone que, dentro de los márgenes legales, puede optarse lícitamente por decisiones o soluciones distintas, siempre que sea para satisfacer el interés público, en atención a criterios no jurídicos (...)”, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo, Parte General*, cit., p. 93.

<sup>74</sup> “La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico,



consecución de un determinado fin fijado expresa o tácitamente por la norma que le atribuye dicha potestad. De ahí la exigencia del artículo 34.2 de la LPAC respecto de la “adecuación” de los actos administrativos a los fines previstos. En caso contrario, el acto que dicte dejará de ser legítimo y por ello, será susceptible de ser anulado. Si bien como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, el principal problema reside en “*la prueba de la divergencia de fines que constituye su esencia*”<sup>75</sup>.

Por tanto, la Administración se encuentra limitada por el fundamento de su actuación, enmarcada por los límites fijados por las normas legales<sup>76</sup>. Ahora bien, el principio de legalidad debe ponerse en relación con el privilegio de la Administración de autotutela, que será objeto de análisis detallado en el epígrafe siguiente de este trabajo.

Mientras los ciudadanos deben acudir a un tercero (los tribunales) para tutelar sus derechos, la Administración resuelve por sí misma los conflictos que puedan surgir entre ella y otros sujetos, lo que MUÑOZ MACHADO ha considerado que es equivalente a que la Administración otorga “*su propia justicia*”<sup>77</sup>.

---

*incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.”*

<sup>75</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*. I, cit., p. 494

<sup>76</sup> En palabras de William O. Douglas en la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos U.S. vs. Wunderlich, 342 U.S. 98, 101 (1951), “*Law has reached its finest moments when it has freed man from the unlimited discretion of some ruler, some civil or military official, some bureaucrat. Where discretion is absolute, man has always suffered*”.

<sup>77</sup> GARCÍA MACHO, R., BLASCO DIAZ, J.L., “Autotutela administrativa” en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario de Derecho administrativo, Tomo I*, Madrid, Iustel, 2005, p. 295.

Legalidad y autotutela no son instituciones antagónicas o principios contradictorios, sino que el privilegio de la autotutela trae causa de la propia legalidad. Mientras la legalidad es el marco en el que debe moverse toda actuación administrativa, la autotutela es una ventaja o privilegio referido a las relaciones de la Administración con otros sujetos, pero no supone la exclusión del control de los tribunales, como analizaremos con más detenimiento. Así, la autotutela administrativa se ejerce también con el fin último de defender los intereses generales. Y es que la propia singularidad administrativa es la que hace quebrar la heterotutela por cuanto que la Administración, erigida como garante máximo del interés público, es quien mejor lo tutela.

La tutela judicial viene, por tanto, impregnada por el propio objeto de tutela, que, en el caso del Derecho administrativo, viene condicionado por la autotutela de la Administración. Esta es un freno a considerar a la hora de abordar un posible arbitraje administrativo, por cuanto que no sólo limita el ámbito material del control judicial, lo que tendrá incidencia sobre el ámbito material del arbitraje, sino que refuerza la idea de superioridad de la Administración frente al administrado, siendo que uno de los principios esenciales del arbitraje es el de igualdad de las partes.

## **II. LAS SINGULARIDADES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: AUTOTUTELA Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN**

Una vez expuestos los principios básicos del Derecho administrativo moderno *supra*, como punto de partida teórico de nuestra construcción en

la solución de conflictos administrativos, y antes de adentrarnos en las diversas vías posibles y especialmente en aquellos que requieren del principio de disponibilidad y de voluntariedad de las partes en conflicto, debemos referirnos a la relación y convivencia entre la Administración y la Jurisdicción. Para ello, resulta necesario analizar el especial privilegio del que goza la Administración, esto es, la autotutela administrativa. Aun cuando no es objeto de este trabajo el realizar un estudio detallado del privilegio de la autotutela administrativa, nos referiremos a ella de cara a situar el lector para una mejor comprensión de la especialidad del control de la actuación administrativa, que tendrá incidencia a la hora de valorar un posible recurso a medios alternativos de resolución de los conflictos administrativos.

### **1. Origen de la autotutela<sup>78</sup>**

Si bien fue GARCÍA DE ENTERRÍA quien acuñó la noción de *autotutela administrativa*, lo cierto es que la misma no es una creación del Derecho administrativo moderno, sino que trae causa del proceso de transformación histórico de las relaciones entre la Administración y la Justicia. Sin embargo, dicho proceso de transformación se gestó en nuestro país tardíamente, siendo que fue en Francia que se originaron las bases de nuestro actual modelo de Administración.

Sin ánimo de estudiar la formación histórica de la autotutela administrativa, sí conviene mencionar que fue bajo el Antiguo Régimen que comenzó a gestarse la ejecutoriedad de los actos administrativos. Aun

---

<sup>78</sup> Para un análisis más detallado puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, cit.

cuando existía distinción entre las funciones administrativas o gubernativas y las judiciales, lo cierto es que ambas se ejercen por un mismo sujeto, el Rey.

Con la Revolución francesa nace una garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos que en una de sus vertientes pasa a materializarse en la obligación de la Administración de “dar cuenta”. Y así se recogió en los artículos 15 y 16 de la DDHC de 1789 a cuyo tenor *“la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de la administración”* y *“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”*.

La nueva organización judicial que los revolucionarios franceses instauraron giraba en torno a dos principios claves: la separación de poderes y la unidad de jurisdicción. Este último suponía una reacción frente a la proliferación de tribunales y órganos especiales creados durante el Antiguo Régimen a fin de quebrantar el poderío de los Parlamentos<sup>79</sup>.

Fue así que con la Revolución francesa y el principio de separación de poderes se configura también una “separación” entre Administración y Justicia. Destaca en este sentido, la Ley de Organización del Poder Judicial de 16-24 de agosto de 1790: *“Las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de la manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”*. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, es esta Ley

---

<sup>79</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, Iustel, 2006, p. 60.

la que dio origen al fortalecimiento del poder ejecutivo, dando lugar a lo que hoy conocemos como Administración<sup>80</sup>.

La aplicación de esta Ley de 1790 supuso la imposibilidad de que los tribunales pudieran entrar a conocer de las diferencias suscitadas entre Administración y ciudadanos. Es el denominado principio de “*juger l’Administration c’est encore administrer*” (juzgar a la Administración sigue siendo administrar), que dominará hasta el último tercio del siglo XIX.

HENRION DE PANSEY es el máximo exponente de este principio. Para este autor, el poder ejecutivo es a la vez “*juez de las medidas que adopta y de las reclamaciones a las que las mismas dan lugar*”. Y, “*se administra de dos maneras: mediante ordenanzas y normas y mediante decisiones judiciales*”. Así, el contencioso forma parte de las funciones administrativas y el derecho de juzgar deriva del Derecho administrativo por lo que sería “dominio exclusivo” de la Administración. Si la Administración “*juzga su propia causa*” es porque “*la Ley suprema del Estado*” está en juego<sup>81</sup>.

Y es así como en Francia surge el denominado *Conseil d’État* (el Consejo de Estado francés), órgano administrativo creado con la Constitución Napoleónica del año VIII, al que se confiaba “*resolver las dificultades que surjan en materia administrativa*”. El Consejo de Estado

---

<sup>80</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Revolución Francesa, Derecho Público y Justicia Administrativa”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Centro de publicaciones Ministerio de Justicia, 1990, p.58.

<sup>81</sup> HENRION DE PANSEY, P-P-N, *De l’autorité judiciaire en France*, Tome second, Paris, Librairie de Théophile Barrois Père, 1827, 3ª ed., pp. 303, 311, 371 ; CHEVALIER, J., *L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 98 (traducción libre).

no decide directamente, sino que propone al Emperador la posible resolución del conflicto y es éste quien finalmente decide. Se crea por tanto, un sistema de Justicia retenida<sup>82</sup>, porque es el propio Poder ejecutivo el que se juzga a sí mismo, a través de un órgano especializado<sup>83</sup>.

Pero a partir de 1872, tras la caída de los dos Imperios, se atribuirá directamente al Consejo de Estado el poder de decisión sobre los asuntos contencioso-administrativos, pasando así a un sistema de Justicia delegada<sup>84</sup>. La Ley de 24 de mayo de 1872 dispuso que “*el Consejo de Estado estatuye soberanamente sobre los recursos en materia contencioso-administrativa*”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés fue progresivamente tratando de articular las atribuciones básicas de los órganos judiciales con la noción de acto administrativo, de manera que no fuera suficiente el invocar un interés público para evitar su control por los órganos jurisdiccionales<sup>85</sup>. No puede excluirse del control judicial a cualquier acto administrativo por el simple hecho de serlo, sino que deben exceptuarse de dicho control los actos que supongan el ejercicio del poder público y que exceden de las facultades de la ciudadanía.

---

<sup>82</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. define el sistema de Justicia administrativa retenida como aquel en que la Administración se controla a sí misma, y no es objeto de supervisión por un órgano judicial independiente, sino que se integra en la misma estructura orgánica de la Administración, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, 2ª ed., p. 29.

<sup>83</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Revolución Francesa, Derecho Público y Justicia Administrativa”, cit., p. 62.

<sup>84</sup> Ley de 5 de mayo de 1872.

<sup>85</sup> LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Tome I*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, p. 429.

## **2. La autotutela de la Administración**

Hoy en día la Administración continúa gozando de una especial posición frente a los tribunales de Justicia. Frente a la regla general de la *heterotutela* que rige para los particulares, que supone que, para crear, modificar o extinguir una situación jurídica deben recurrir a los órganos jurisdiccionales, la regla general para la Administración es la *autotutela*, es decir, que, salvo previsión expresa en contrario, ésta crea, modifica o extingue situaciones jurídicas unilateralmente, sin necesidad de auxilio judicial.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>86</sup> distinguen entre autotutela administrativa declarativa y ejecutiva. La autotutela declarativa implica que toda decisión administrativa se beneficia de una “presunción de legalidad” y, por ende, es directamente ejecutoria sin necesidad de tener que obtener una sentencia declarativa previa. La doctrina francesa se refiere a un *privilège du préalable*<sup>87</sup>, privilegio de con carácter previo a toda intervención del juez, siendo que la decisión administrativa no precisa de un control judicial previo y que además, ese control sólo es posible cuando la Administración previamente ha decidido de manera ejecutoria. Por tanto, la regla general es que los actos administrativos son ejecutivos por

---

<sup>86</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*. I, cit., p. 537.

<sup>87</sup> Principio enunciado principalmente por Marcel HAURIOU. Entre otros, en sus comentarios al Arrêt du Conseil d'État de 27 de febrero de 1903 *Olivier Zimmermann*: “*On sait que l'exécution préalable est la grande prérogative de la puissance publique. Les administrations publiques prennent des décisions exécutoires qu'elles font elles-mêmes exécuter, et ainsi, elles vont jusqu'à l'extrême limite de leurs droits réels ou prétendus, avant que ces droits aient pu être vérifiés par un juge. C'est une prérogative exorbitante du droit commun*”.

propia autoridad, imponiendo así su cumplimiento y sin que resulte opo-  
nible una excepción de ilegalidad, salvo la anulación efectiva lograda en  
un proceso impugnatorio, cuya apertura tampoco interrumpe la ejecutorie-  
dad del acto.

Por su parte, la autotutela ejecutiva refiere a la posibilidad de que  
dispone la Administración de ejecutar forzosamente sus propios actos en  
caso de que sus destinatarios se resistan a su cumplimiento.

Hoy en día, la autotutela declarativa encuentra su reflejo en los ar-  
tículos 38 y 98 de la actual LPAC que disponen que “*los actos de las  
Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo serán ejecu-  
tivos*” y “*los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho  
administrativo serán inmediatamente ejecutivos*”, aunque con excepcio-  
nes. Y la autotutela ejecutiva encuentra cobertura en el artículo 99 de la  
citada LPAC que establece que la Administración puede por sus propios  
medios proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos. Am-  
bos aspectos ya fueron regulados en la anterior Ley 30/1992, de 26 de  
noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del  
Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). En otras palabras, a di-  
ferencia de lo que ocurre con los títulos privados, la Administración está  
exenta de la carga de someter sus actos tanto a juicio declarativo como a  
juicio ejecutivo<sup>88</sup>.

Conviene destacar que esta facultad de ejecución forzosa no está re-  
conocida en nuestro país vecino. No existe en el Derecho francés el  
principio de ejecución forzosa de los actos administrativos, sino que al  
contrario, la garantía del cumplimiento por los particulares de los actos

---

<sup>88</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*.  
I, cit., p. 537.



administrativos prevalece incluso mediante la imposición de sanciones penales no contravencionales<sup>89</sup>. Es más, en Francia el término de *décision exécutoire* acuñado por HAURIOU refiere exclusivamente a la facultad del acto o resolución administrativa de producir por sí misma efectos jurídicos o de modificar unilateralmente situaciones anteriores y crear así, nuevos derechos y obligaciones. Pero la Administración no puede, salvo excepciones puntuales, ejecutar forzosamente por sí misma, sin intervención judicial, sus propios actos.

En España en cambio, el privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos tuvo su parangón en la década de los años cincuenta, apoyado por la doctrina, y fue consagrado definitivamente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 22/1984, de 17 de febrero<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Véase al respecto PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo I. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1994, 6ª ed., pp. 147 y ss.

A título ejemplificativo, ya en 1902 el Comisario Romieu en sus conclusiones en el asunto *Société Immobilière de Saint-Just* (decisión del Tribunal de Conflictos francés de 2 de diciembre de 1902) defendió el establecimiento de límites a la ejecución forzosa de los actos administrativos, proponiendo los siguientes: cuando así lo autorice expresamente una ley; cuando sin autorización legal una mala voluntad de no ejecutar el acto y se requiera forzar su cumplimiento; o cuando sea estrictamente necesario ejecutar el acto para cumplir con la ley, en LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2009, 17ª ed., pp. 61-66.

<sup>90</sup> “La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los jueces y Tribunales establecidos en las leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concreta la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución” (STC 22/1984, de 17 de febrero (ECLI:ES:TC:1984:22)).

Conviene referir a la prohibición de interdictos contra la Administración, que se encuentra recogida hoy en día, en el artículo 105 de la LPAC a cuyo tenor “*no se admitirán a trámite acciones posesorias contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido*”. Ello está ligado a la presunción de validez y legalidad de un acto administrativo que no permite que, una vez iniciado el procedimiento de ejecución forzosa, pueda quedar suspendido por interposición de interdictos judiciales. Frente a ello nace la vía de hecho, a la que ya nos hemos referido *supra*. En todo caso, se trata de un modelo de Derecho civil, interpretado por la Administración y en el que la jurisdicción especializada está únicamente para resolver problemas concretos, siendo que se aspira a que la Administración alcance a solventar por sí misma sus propias controversias.

### **3. Crisis de la autotutela administrativa<sup>91</sup>**

En las últimas décadas la doctrina ha comenzado a mostrarse más abiertamente críticos con la autotutela de la Administración.

Entre otros, SANTAMARÍA PASTOR<sup>92</sup> considera que el principio de presunción de validez de los actos administrativos es “*técnicamente erróneo*” y “*que no es, en su origen, otra cosa que la sustantivación conceptual del carácter revisor o impugnatorio del contenido*

---

<sup>91</sup> Un estudio sistemático de la cuestión puede verse en MESTRE DELGADO, J.F., *El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional*, Valencia, julio 2010.

<sup>92</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., “Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983.

*administrativo*”. Para el autor, se trata de una técnica que conlleva la inversión de la carga natural de la prueba de lo contencioso y que ha producido extensiones analógicas como el principio de presunción de autenticidad de los actos administrativos que considera discutibles.

Por su parte, podría entenderse que la extensión generalizada de la ejecutividad automática de los actos administrativos en manos de la Administración es incompatible con los principios constitucionales de nuestro ordenamiento. Si bien la caracterización de la ejecutividad de los actos administrativos desprovista de cualquier motivación y utilizable al mero arbitrio de la Administración debe entenderse superada.

BETANCOR ha defendido que *“la Administración Pública es un poder público que puede y debe contar, al servicio de sus funciones constitucionales, con poder limitado de ejecución forzosa cuando sea razonable. Esta lógica requiere no sólo que el legislador razone de acuerdo con la Constitución el cuándo y el cómo de su habilitación y ejercicio, sino que también arrumba definitivamente la ejecutividad como cualidad propia de todos los actos”*. Es por ello que el autor considera que *“la suspensión de la eficacia de los actos debe ser una consecuencia general de la interposición de los recursos, administrativos o jurisdiccionales, excepcionalmente levantada cuando el interés público así lo demande”*<sup>93</sup>.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que la autotutela administrativa no es contraria a la Constitución siempre que respete los derechos

---

<sup>93</sup> BETANCOR, A., *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 432-433.

fundamentales<sup>94</sup>. Sin embargo, algunos autores como GARCÍA MACHO y BLASCO DIAZ<sup>95</sup> defienden un análisis de “mayor calado” de la idea de efectividad de la Administración, en el sentido de que la autotutela administrativa no está reconocida por la Constitución por lo que debiera ser la ley la que estableciera con precisión su contenido material. Si bien estos autores reconocen que la Administración requiere de autonomía para dar cumplimiento a los intereses generales, entienden que debe hacerlo desde una vinculación plena a la ley y al Derecho.

A los efectos que aquí interesa, en el ámbito de lo contencioso-administrativo, la regla general viene a ser la ejecutividad de las resoluciones, que no se suspenden por la mera interposición de los recursos. La excepción reside en que la parte interesada consiga probar que la ejecución de las resoluciones reclamadas causa daños irreparables. Es decir, no basta alegar cualquier daño, sino que es necesario que el daño que se cause no sea reparable por su naturaleza, con independencia de la posible reparación material que pueda o no obtenerse<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Por todas, la citada STC 22/1984, de 17 de febrero: “Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que, a través de sus órganos competentes, procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución.”

<sup>95</sup> GARCÍA MACHO, R., BLASCO DIAZ, J.L., “Autotutela administrativa” en MUÑOZ MACHADO, S., *Diccionario...*, cit., p. 295.

<sup>96</sup> MESTRE DELGADO, J.F., *El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional*, cit., p.108.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que “esta excepción al principio general en aras del bien común de la ejecutividad del acto o disposición recurrido ha de entenderse –como tiene declarado esta Sala – como dirigida a “preservar el resultado del proceso, de manera que una ejecución anticipada no frustre las consecuencias inherentes a la tutela judicial efectiva”, a “garantizar la efectividad de la resolución que en su día pueda recaer en el recurso”; “tiene como finalidad preservar el principio de efectividad de la decisión judicial, porque la potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho, sino que se consuma en la consecución del

En efecto, la LJCA de 1998 incorpora no sólo el criterio de la garantía de la decisión judicial, sino también el criterio de concurrencia de intereses generales y de terceros, y el posible obstáculo a la adopción de la medida cautelar<sup>97</sup>.

La adopción de medidas cautelares ha supuesto un progresivo debilitamiento de la ejecutoriedad de los actos administrativos<sup>98</sup>. Con ellas, además, se evita la excesiva duración del proceso, siendo que el juez, sin prejuzgar el fondo del asunto, analiza la apariencia de buen derecho, el denominado *fumus boni iuris* del recurrente<sup>99</sup>.

En esta línea, PAREJO ALFONSO se pronuncia respecto del “establecimiento de una regla inversa a la actual: los actos administrativos son ejecutivos cuando así motivadamente se decida por la Administración y, en todo caso, lo disponga la Ley. La imposición de un pronunciamiento administrativo separado sobre la ejecución y sus términos a la vista de la

---

*derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar las medidas o garantías precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto” (entre otros, ATS de 30 de septiembre de 1988 (RJ\1988\6956), ATS de 6 de junio de 1994 (RJ\1994\5146)).*

<sup>97</sup> “*Para decidir sobre la suspensión cautelar solicitada ha de efectuarse, en primer lugar, una previa ponderación de los intereses concurrentes, públicos y/o de otros particulares en la ejecución de la disposición o acto impugnado, de un lado, y de otro del interés privado del recurrente en la suspensión. Y así cuando las exigencias del interés público en la ejecución son tenues pueden bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, pero cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios al interés privado de considerable entidad pueden determinar la suspensión y del acto, y más aún si se trata de una disposición general”*, ATS de 2 de marzo de 1999 (RJ\1999\4166).

<sup>98</sup> DEL SAZ CORDERO, S., “La crisis de la autotutela en los actos administrativos y su auge en los actos privados (Comentarios a la Sentencia del TC 14/1992, de 10 de febrero; al Auto del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1992 y al Real Decreto 290/92, de 27 de marzo)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, septiembre-diciembre 1992, pp. 263-264.

<sup>99</sup> Por todos puede verse, SALA ATIENZA, P., CÁRDENAS GARCÍA, M.I., *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 2016.

situación concreta posibilitaría la recuperación del carácter revisor del control judicial en el ámbito de la tutela cautelar”<sup>100</sup>.

Podemos, por tanto, concluir que indefectiblemente nos hallamos ante un proceso de debilitamiento de los dos privilegios que componen la autotutela de los actos administrativos, y que como se verá, se contrapone al fenómeno inverso que han experimentado determinados actos privados, sobre todo en el ámbito de la contratación<sup>101</sup>, dotados en un primer momento de una suerte de presunción de validez similar a la de los actos administrativos y posteriormente, que han logrado beneficiarse de ejecución forzosa sin intervención judicial.

No se trata, en palabras de MUÑOZ MACHADO<sup>102</sup>, “*de liquidar en poco tiempo una herencia centenaria. Lo que es necesario (...) es cobrar plena conciencia de que las relaciones entre la Administración y la Justicia se montaron usando unos principios inspiradores que, en algunos aspectos, carecen hoy de legitimidad constitucional*”.

### **III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN**

Una vez expuesto el especial privilegio de la Administración de autotutelarse, hemos de pasar a analizar el otro lado de la moneda, esto es, el control de los actos administrativos por parte de los tribunales de Justicia. No se trata de realizar un estudio detallado de los orígenes, conformación y realidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de esbozar

---

<sup>100</sup> PAREJO ALFONSO, L., “La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo 1986, p. 35.

<sup>101</sup> DEL SAZ CORDERO, S., “La crisis de la autotutela en los actos administrativos y su auge en los actos privados...”, cit., pp. 264-266.

<sup>102</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989, p. 115.

los elementos esenciales para comprender el fundamento de la misma de cara a situar al lector frente a la posible incorporación de medios alternativos de resolución de los conflictos administrativos que hoy corresponde a esa jurisdicción especializada.

### **1. Origen de la jurisdicción contencioso-administrativa en España**<sup>103</sup>

En el Antiguo Régimen español no existía, como en el país vecino, una delimitación clara entre estamento judicial y Administración Regia. Lo que existía en nuestro país en aquella época era, en palabras de NIETO, “*una caótica pluralidad de jurisdicciones*”<sup>104</sup>.

En el mismo sentido, PARADA VÁZQUEZ explicó que “*no hay en nuestro Antiguo Régimen, en nuestras Audiencias y Consejos, ni una sombra siquiera del soberbio poder de los Parlamentos judiciales, ni una delimitación tan precisa de la organización y funciones judiciales. Más bien, lo que se da es una proliferación de Fueros y Jurisdicciones ordinarias y especiales de tal naturaleza que la contienda de competencias es habitual entre ellas sin que se haga cuestión de los conflictos entre la Administración real y aquéllos*”<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *La formación histórica de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid, Civitas, 1998.

<sup>104</sup> NIETO, A., “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 50, 1966, pp. 27 y ss.

<sup>105</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales ante la nueva Constitución”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977, pp. 553 y ss.

Fue por ello que la Constitución de Cádiz de 1812 se centró en abolir los fueros privilegiados y los señoríos jurisdiccionales, en vez de preocuparse por la independencia de la Administración frente a los tribunales<sup>106</sup>.

Si bien el orden jurisdiccional contencioso-administrativo nace en España en 1845, la voluntad de instituir órganos y cauces específicos para conocer las controversias con la Administración se encuentra reflejada con anterioridad a 1845. Así, por ejemplo, el Ministro Moscoso de Altamira declara el 26 de enero de 1835 la imposibilidad de remitir a los tribunales ordinarios el conocimiento de los asuntos “*en el que el bien común se presenta como parte*” y añade que “*aún no existen los tribunales administrativos (...) es indispensable que se ejerza la justicia administrativa*”<sup>107</sup>.

En todo caso, no será hasta una década después que, siguiendo el modelo francés, se cree el sistema contencioso-administrativo mediante las leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845. Pero lo cierto es que ninguna de estas leyes contemplaba que la jurisdicción pudiera controlar cualquier acto en los que interviniese la Administración, sino que optaron por instaurar el sistema de “lista”. Es decir, se recogía una relación de asuntos administrativos susceptibles de revisión judicial.

Dos años después, mediante Real Decreto de 4 de junio de 1847, se establecieron las reglas para sustanciar y dirimir las competencias de jurisdicción entre las autoridades judiciales y administrativas,

---

<sup>106</sup> El artículo 248 de la Constitución de 1812 disponía que “*en los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas*”, con las dos únicas excepciones del fuero eclesiástico y miliar (artículos 249 y 250), cuya regulación se remitía a leyes especiales.

<sup>107</sup> FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *La formación histórica de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., pp. 212-213.



estableciéndose que “*sólo los jefes políticos podrán promover contienda de competencia*” relativas las cuestiones de jurisdicción entre Administración y poder judicial, resolviendo el Rey mediante Real Decreto-Sentencia a propuesta del Gobierno, previo dictamen no vinculante del Consejo Real<sup>108</sup>.

Esta configuración se mantuvo hasta finales del siglo XIX, siendo que las bases definitivas de la judicialización del contencioso-administrativo en España se sentarían con la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888. Es por ello que puede afirmarse que durante todo el siglo XIX español, se aprecia un claro predominio de la Administración frente al poder judicial.

Así, tras la Revolución de 1854 se suprimieron los Consejos Provinciales y el Consejo Real, que fueron sustituidos respectivamente por las Diputaciones Provinciales y el Tribunal Contencioso-Administrativo. En relación con este último, no debe confundirse su denominación con su naturaleza, puesto que en un primer momento estuvo compuesto por funcionarios públicos y posteriormente, pasó a conformarse por Ministros nombrados a propuesta del Ministro de Gobernación de conformidad con el Consejo de Ministros.

Tras el bienio liberal progresista, se volvió a instaurar el régimen de 1845 con la única salvedad de que el Consejo Real pasó a denominarse Consejo de Estado.

---

<sup>108</sup> LOZANO CUTANDA, B., “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: Perspectiva histórica y nueva configuración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989, pp. 175-220.

Fue con la Gloriosa Revolución de 1868 que se proclamó la unidad de fueros y se otorgó el poder de decisión sobre asuntos contencioso-administrativos a la Audiencias Territoriales y al Tribunal Supremo mediante los Decretos de 13 y 16 de octubre de 1868 y el Decreto de 26 de noviembre posterior. Con la unidad de fuero se abolieron los conflictos de jurisdicción entre órganos administrativos y tribunales, pero el poder ejecutivo conservó la potestad de dirimir las cuestiones de atribución en aras de garantizar la independencia de la Administración frente al poder judicial<sup>109</sup>.

Con la llegada de la Restauración a España, mediante Decreto de 29 de enero de 1875 se devuelve al Consejo de Estado la jurisdicción contencioso-administrativa a nivel central y a un nivel inferior se constituyen las Comisiones provinciales. Años más tarde, el Real Decreto de 8 de septiembre de 1887 volvería a establecer nuevas reglas de resolución de las competencias y atribuciones entre las autoridades administrativas y los tribunales ordinarios. La Administración seguía siendo competente para promover conflictos de atribución pero se reconoció a los tribunales un recurso de abuso de poder o de incompetencia, para reclamar contra las afecciones a sus competencias por parte de las autoridades administrativas<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> En este sentido, el Preámbulo del Real Decreto de 26 de noviembre de 1868 señalaba que *“No es de temer que por la facultad que se atribuye al Tribunal Supremo para admitir las demandas contencioso-administrativas sin ulterior recurso de lugar, sean invadidas las funciones de la Administración activa. El ministerio fiscal es parte en todas las demandas en que tiene interés el Estado, y en casi todas en que se interesa la Administración Provincial o municipal, y saldrá sin duda al encuentro de toda extralimitación del Tribunal, acudiendo a las autoridades del orden administrativo a quien corresponda promover el conflicto de competencia, que en último resultado habrá de dirimir el Gobierno, después de oír en pleno al Consejo de Estado”*. (vid. LOZANO CUTANDA, B., “Los conflictos...”, cit.)

<sup>110</sup> El “recurso de abuso de poder o de incompetencia” ya había sido otorgado por la Ley de 17 de agosto de 1860.

Como ya se ha esbozado, la jurisdicción contencioso-administrativa vendría a consolidarse con la Ley de 13 de septiembre de 1888, conocida como Ley de Santamaría Paredes. Dicha Ley tuvo su origen en el proyecto de ley de lo contencioso-administrativo de 22 de julio de 1886, que prácticamente reproduce el proyecto presentado por Sagasta al Congreso en diciembre de 1882 y que finalmente retiró<sup>111</sup>. Así, la Exposición de motivos del Proyecto de Sagasta de 1882 ya vaticinaba que “*entre las reformas que la opinión exige con mayor imperio y que reclaman del Gobierno actual sus doctrinas y compromisos, figura en lugar preferente la de los tribunales contencioso-administrativos de la jurisdicción que como peculiar les determinan ahora las leyes*”.

MARTIN REBOLLO narra que realmente el objeto de estos proyectos era la supresión de la jurisdicción retenida, buscando establecer una nueva organización de los tribunales, suprimir el sistema de listas, fortalecer el recurso, etc. Sin embargo, el debate parlamentario sobre el proyecto de ley de 1886 dio lugar a que dos concepciones opuestas alzaran la voz: por una parte, los liberales abogaban por un sistema de jurisdicción delegada mientras que los conservadores defendían un sistema de jurisdicción retenida<sup>112</sup>. Al final ambos bandos llegaron a un acuerdo con cesión por las dos partes: los conservadores renunciaron a la jurisdicción retenida y los liberales admitieron importantes restricciones en los asuntos sobre los que la jurisdicción podría controlar a la Administración.

---

<sup>111</sup> GARRIDO FALLA, F., “La evolución del recurso contencioso-administrativo en España”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 55, 1968.

<sup>112</sup> MARTIN REBOLLO, L., “La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo Contencioso-administrativo de 1890-1894”, en *Revista de Administración Pública* nº 78, 1975, pp. 53-84.

Fue así cómo se implantó el denominado “sistema armónico” creado por SANTAMARÍA PASTOR, que dio nombre a la Ley de 1888. Se trata de un sistema mixto integrado por un tribunal de ámbito nacional (el Consejo de Estado) de composición íntegramente administrativa, y unos tribunales provinciales presididos por el Presidente de la Audiencia y dos Diputados provinciales con título de Letrados. Todos ellos operaban con jurisdicción delegada y aunque conocían de los recursos conforme a una cláusula general, estaban excluidos el control de la potestad reglamentaria y discrecional y los asuntos relativos a ascensos y recompensas militares<sup>113</sup>.

Sin embargo, tras las modificaciones introducidas por la Comisión del Senado y luego mantenidas en la Ley de 1888 queda rota la “armonía” variando significativamente los criterios de composición del tribunal. Efectivamente el artículo 12 de la Ley de 1888 disponía que el tribunal se componía de once ministros consejeros de Estados, pero el artículo 13 añadía en relación con su nombramiento que todos los ministros a excepción del presidente y el vicepresidente “*estarán comprendidos en las categorías determinadas por las leyes para ser nombrados consejeros de Estado (...)*.” Pero tres de esas plazas “*podrá el Gobierno proveerlas en personas*

---

<sup>113</sup> El propio Santamaría expuso que “*si se trata de un conflicto entre un poder público y el interés particular, vamos a constituirlo por modo que estén representados el criterio del derecho público y el del derecho privado; y hemos buscado lo más selecto de la administración de justicia, y hemos buscado lo más selecto de la administración civil (...), no vamos a fijar condiciones, sino sencillamente a establecer este principio: el Tribunal Superior Contencioso-administrativo se constituirá por mitad, de individuos que tengan las condiciones para ser nombrados magistrados del Tribunal Supremo y de individuos que tengan condiciones para ser nombrados consejeros de Estado, salvo esos consejeros que S.S llamaba de gracia o de libre elección (...). De esta suerte se armonizarán los dos criterios: el criterio de lo judicial y el criterio de lo administrativo, para fallar con más acierto*”. Cita extraída de MARTIN REBOLLO, L, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, p. 336.

*que reúnan las mismas condiciones que para magistrado del Tribunal Supremo exijan las leyes sobre organización del Poder judicial”.*

Con ello se consolidaba el denominado “sistema administrativo” frente al “sistema judicial”, con una mayoría de magistrados provenientes de las categorías exigidas para ser consejeros de Estado sobre los provenientes del orden judicial, ya no se trata de una composición obligatoriamente “mixta”.<sup>114</sup>

La Ley Maura-Silvela de 1904 suprimió la competencia del Consejo de Estado creando la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dando un impulso definitivo al modelo jurisdiccional.

En 1956 se promulgó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 que, entre otras cuestiones, eliminó la exclusión de control de los actos discrecionales de la Administración, y amplió el ámbito del recurso contencioso-administrativo,

La promulgación del texto constitucional de 1978 supuso la afirmación del Estado de Derecho (artículo 1.1) y dio lugar a una nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la LJCA, vigente en la actualidad.

Como expone PAREJO ALFONSO, la nueva LJCA se define en la Exposición de Motivos a la vez como “continuista y profundamente renovadora”: *“Continuista por un triple motivo: mantenimiento de la naturaleza estrictamente judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa (lo que, en cualquier caso, era constitucionalmente obligado), conservación del carácter de juicio entre partes del proceso contencioso-*

---

<sup>114</sup> MARTIN REBOLLO, L., *El proceso...*, p. 337.

*administrativo y de su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al Derecho y respecto de todos y cada uno de los elementos del sistema anterior que habían acreditado –conforme al orden constitucional- su bondad y buen funcionamiento. Y renovadora también, porque, además, como es obvio, de adecuar plenamente el sistema de control judicial a los valores y principios del orden constitucional (lo que se manifiesta especialmente en la regulación del ámbito y extensión de la jurisdicción –mediante la creación de un recurso contra la inactividad y las actuaciones materiales en vía de hecho-, de las partes y del objeto del recurso), adopta decisiones e introduce innovaciones (puesta en marcha de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, introducción de la llamada cuestión de ilegalidad, flexibilización del procedimiento ordinario e introducción del abreviado, clarificación del contenido y efectos de las sentencias estimatorias, modificación del régimen de ejecución de sentencias...) de notable importancia”<sup>115</sup>.*

La propia Exposición de Motivos de la LJCA de 1998 añade que “*se trata de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración*”.

---

<sup>115</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. Instituciones generales*, Ariel, Madrid, 2003, pp. 1138-1139.

## **2. Configuración actual de la jurisdicción contencioso-administrativa**

El artículo 1.1 de la LJCA establece la cláusula general en los siguientes términos: “*los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación*”. La dicción de este precepto pretendía, por tanto, combinar los tres criterios: subjetivo, objetivo y de régimen jurídico.

El criterio subjetivo implica que debe tratarse de un acto de las “*Administraciones públicas sujetas a Derecho Administrativo*”. En este sentido, el artículo 1.2 de la LJCA precisa que se entenderán por “*Administraciones públicas*”: (i) La Administración General del Estado; (ii) La Administración de las Comunidades Autónomas; (iii) Las Entidades que integran la Administración Local; (iv) Las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas a cualquiera de las entidades territoriales anteriores (lo que incluye los entes instrumentales tanto de carácter corporativo como institucional y excluye a las sociedades mercantiles de propiedad pública y a las fundaciones públicas).

Por su parte, el criterio objetivo reside en el término “*actuación*” e incluye las disposiciones reglamentarias de rango inferior a la Ley y los Decretos Legislativos, cuya atribución tiene alcance diverso.

En cuanto al régimen jurídico, el matiz que dispone en artículo 1.1 relativo a la actuación de las Administraciones públicas “*sujeta al Derecho administrativo*” denota que la Administración actúa tanto en régimen de

Derecho público como en relaciones de Derecho privado, correspondiendo a los tribunales contencioso-administrativos únicamente el control de la primera. Ello plantea problemas prácticos de delimitación que hay que resolver acudiendo bien a las normas reguladoras de cada entidad pública, bien a las normas reguladoras de cada tipo de materia (por ejemplo, contratación administrativa).

Ello no es óbice, pese a todo, que la cláusula general proclamada en el artículo 1.1. se encuentre matizada en diversos preceptos de la LJCA mediante la incorporación legal de determinados supuestos adicionales.

En este sentido el artículo 1.3 LJCA establece que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo;

b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

La lista de materias se completa con el artículo 2 de la LJCA:



a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos;

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas;

c) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas;

d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente;

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad;

f) Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley.

Al margen de lo anterior, el artículo 3 de la LJCA dispone las cuestiones expresamente excluidas del orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública;

b) El recurso contencioso-disciplinario militar;

c) Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la Administración pública y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración;

d) Los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

Al margen de lo anterior y en términos generales, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de cuatro tipos de actuaciones administrativas: (i) los actos administrativos, (ii) los reglamentos y decretos legislativos, (iii) la inactividad de la Administración (la ausencia de realización de actividades prestaciones por parte de la Administración (artículo 29.1 LJCA) o las situaciones de inejecución por la Administración de sus actos firmes (artículo 29.2 LJCA))y (iv) las vías de hecho (aquellos supuestos en los que la Administración lleva a cabo una actuación material sin el soporte de un acto administrativo previo del que sea ejecución (artículo 30 LJCA)).

Es por ello que el legislador ha querido configurar una regla general o norma genérica que posteriormente completa con un elenco de materias o relaciones jurídicas que se incorporarían a las que pueden delinear el objeto del proceso contencioso-administrativo y aquéllas que quedarían

excluidas de esta jurisdicción, todo y que puede afirmarse que el objeto típico del proceso contencioso-administrativo lo constituyen los actos administrativos. Si bien existen tres supuestos que quedan excluidos de este control jurisdiccional: los actos que no pongan fin a la vía administrativa (artículo 25.1 LJCA), los actos de trámite o no definitivos (artículo 25.1 LJCA) y los actos consentidos y confirmatorios (artículo 28 LJCA).

Resulta evidente el notable impulso que supuso la Ley de 1956 para la jurisdicción contencioso-administrativa, llevando a cabo una total judicialización y equiparando el orden contencioso-administrativo al orden civil, social, penal o mercantil. La jurisdicción contencioso-administrativa pasa así a ser una jurisdicción ordinaria, la jurisdicción habitual para enjuiciar cuestiones referidas a las Administraciones Públicas. Tal es así que un sector de la doctrina ha llegado a propugnar la unidad de jurisdicción para el enjuiciamiento de todos los asuntos relativos a Administraciones públicas, sin que las cuestiones marginales queden excluidas de la jurisdicción contenciosa, a excepción por supuesto, de las cuestiones penales<sup>116</sup>.

La LJCA ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de sus años de vigencia. La última de ellas mediante un paquete de varias leyes en el año 2015<sup>117</sup>. Resulta evidente que la realidad ha ido variando y con ello el Derecho administrativo, cuyos presupuestos tradicionales han quedado sobrepasado. De ahí la necesidad de incorporar ajustes a la LJCA. Dicha necesidad de cambio fue subrayada en el año 2013 en el *Informe*

---

<sup>116</sup> MARTIN REBOLLO, L., *El proceso de elaboración...*, cit., pp. 202-203.

<sup>117</sup> Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo; Ley 11/2015, de 18 de junio; Ley 22/2015, de 20 de julio; Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio; Ley 26/2015, de 28 de julio; Ley 34/2015, de 21 de septiembre; Ley 42/2015, de 5 de octubre.

*explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa* que se elaboró en el año 2013<sup>118</sup>.

### 3. Límites al control judicial de la Administración

La potestad que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa no es ilimitada, sino que se encuentra acotada dentro de unos límites estrictos.

Así, los órganos jurisdiccionales no pueden actuar como una instancia organizativa jerárquicamente superior a la Administración, sustituyendo las decisiones administrativas por otras de diferente contenido. Esta idea se recoge entre otros, en el artículo 71.2 de la LJCA a cuyo tenor “*los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.*”

El modelo heredado del sistema francés se basó durante todo el siglo XX en la idea de que el control de legalidad ejercida por los tribunales contencioso-administrativos debía limitarse a un pronunciamiento meramente declarativo de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, confirmándolo o anulándolo. Pero dicha declaración no podía conllevar de modo alguno una

---

<sup>118</sup>[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme\\_explicativo\\_y\\_propuesta\\_de\\_anteproyecto\\_de\\_ley\\_de\\_eficiencia\\_de\\_la\\_Jurisdiccion\\_Contencioso.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_CGC\\_Secciones+especializadas](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme_explicativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_Contencioso.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Secciones+especializadas)

condena a la Administración en la que se le impusiera la obligación de actuar en un determinado sentido<sup>119</sup>.

El sistema contencioso-administrativo se limita pues, a un control de legalidad, de forma que la anulación de un acto administrativo y la condena a la Administración a realizar una actuación concreta únicamente puede realizarse cuando aquél vulnere un precepto normativo y cuanto ésta venga prevista y ordenada por otra norma jurídica<sup>120</sup>.

Sin embargo, ocurre con frecuencia que, como consecuencia del proceso contencioso-administrativo, las alternativas disponibles sobre las cuales la Administración pudo elegir en su momento con libertad se vean reducidas, pudiendo darse el caso de que únicamente quede viva una de las decisiones. Ante este escenario es posible que el juez, por pura lógica, incorpore a su fallo esa única solución alternativa<sup>121</sup>.

A excepción de lo anterior, la regla general es que la jurisdicción debe limitarse a identificar aquellos actos disconformes con la legalidad, sin entrar a sustituir su contenido.

Pero el proceso contencioso-administrativo es un proceso objetivo, sujeto al principio dispositivo y que, por ende, debe ceñirse a la satisfacción de las pretensiones del recurrente.

---

<sup>119</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de Derecho Administrativo General. II*, Madrid, Iustel, 2015, 3ª ed., p. 737.

<sup>120</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de Derecho Administrativo General. II, cit.*, p. 736.

<sup>121</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo. I. cit.*, p. 508.

En este sentido, el artículo 33.1 de la LJCA dispone expresamente que “*los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición*”. Por consiguiente, si el recurrente se limita única y exclusivamente a pedir la anulación de un acto administrativo concreto, es sobre este extremo que el juez debe pronunciarse.

Pese a ello, no podemos obviar que el propio proceso contencioso-administrativo introduce alguna inflexión derivada del principio dispositivo. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR subraya que aunque el tribunal no puede apartarse de los argumentos utilizados por las partes a lo largo de los autos, éste puede decidir introducir nuevos elementos de juicio, siempre que lo someta previamente a las partes para que las mismas puedan manifestar su adhesión u oposición a los mismos (artículos 33.2 y 3 de la LJCA)<sup>122</sup>.

Lo cierto es que, tras algunos años de avances en el control jurisdiccional de la Administración, la doctrina ha comenzado a plantearse si no haría falta frenar la intervención de los tribunales en el control de la actuación administrativa. Dicha reacción es consecuencia sobre todo del hecho de que muchas veces las sentencias de los jueces no se limitan a anular resoluciones administrativas, sino que los jueces se permiten entrar a decidir sobre el fondo y sustituir el contenido del acto administrativo por el de su propio criterio. Esta tarea de “sustitución” puede llegar a entenderse

---

<sup>122</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de Derecho Administrativo General. II*, cit, p. 738.

la posibilidad de que el juez sustituya a la Administración en una tarea que la Constitución y las leyes le han encomendado específicamente a ella.

Sin embargo, no existe unanimidad a este respecto. De un lado, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ han defendido el avance en el control judicial de la Administración, incluida la posible sustitución de las decisiones administrativas por otras impuestas judicialmente. Por su parte, PAREJO ALFONSO y SÁNCHEZ MORÓN optan por la existencia de zonas de independencia de la Administración irreductibles judicialmente. Finalmente, MUÑOZ MACHADO entiende que no es posible defender que la Constitución limite el control judicial de la actividad administrativa ya que ello supondría aceptar que la Administración no está plenamente sometida a la ley y el Derecho, lo que sería contrario a los artículos 103.1, 24 y 106.1 de la CE<sup>123</sup>.

Compartimos esta última interpretación y entendemos que la aplicación del Derecho debe ser homogénea y que la intervención judicial habrá de ser tan extensa como el ordenamiento jurídico permita. Es decir, tal y como se ha expuesto, la Administración está plenamente sometida a la Ley y al Derecho y a su vez, los tribunales se encuentran limitados por las pretensiones de los recurrentes en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la LJCA. Es por ello, que los tribunales podrán entrar a enjuiciar, pero constreñidos a aquello que el ordenamiento jurídico y las pretensiones de los recurrentes les permitan. La gestión de los intereses públicos y el ejercicio de potestades jurisdiccionales tienen ámbitos de actuación diferenciados y no resulta en modo alguno admisibles interferencias entre

---

<sup>123</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo III, cit., p. 255.

ellos. Pero ello no puede conllevar exceptuar el control judicial a la Administración fuera de estos límites.

#### 4. La importancia de una Justicia administrativa

Nos hemos centrado hasta este momento en analizar la importancia del control por los tribunales de la actuación administrativa, refiriéndonos al modelo español que importa, aunque siempre tardíamente, los avances de los revolucionarios franceses.

Pero conviene mencionar que estas prevenciones respecto de posibles injerencias del poder judicial en el poder ejecutivo son propias del continente europeo, derivado de las experiencias de monarquías absolutistas. Sin embargo, al otro lado del Océano Atlántico, en América el sistema de control a la Administración es bien diferente, derivado de su propia herencia histórica<sup>124</sup>.

En Estados Unidos, el poder más temido es el legislativo, con tendencia a abusar de su poder. Por ello, los americanos cuentan con dos elementos esenciales que les diferencian sustancialmente de nuestro modelo continental: su estructura federal, que conlleva la territorialización del poder legislativo y con ello, su debilitamiento; y la atribución a los jueces de garantizar el respeto a la Constitución<sup>125</sup>, norma suprema.

---

<sup>124</sup> Para un análisis del modelo americano, puede verse MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo II. Historia De las instituciones jurídico-administrativas-2*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, pp. 34-86; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1996; EDLEY, C., *Administrative law: rethinking judicial control of bureaucracy*, New Haven Yale University Press, 1990.

<sup>125</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo II*, cit., p.41.



Pero el elemento esencial que aquí nos interesa es el principio de no interferencia del poder judicial en las decisiones del ejecutivo, por cuanto no resulta admisible el enjuiciamiento por los tribunales de las decisiones del poder ejecutivo. A los tribunales corresponde la defensa de la Constitución y por ello, del control de las decisiones contrarias a la misma. Pero son los electores quienes, en virtud del principio democrático, eventualmente sancionarán al ejecutivo mediante la retirada de su confianza<sup>126</sup>.

Destacan en el modelo estadounidense las denominadas “agencias administrativas”, algunas de las cuales gozan de potestades normativas<sup>127</sup>. Y es que las potestades del ejecutivo tienen un alcance limitado y en modo algún puede asimilarse a las potestades administrativas existentes en nuestro ordenamiento, que en este caso se atribuyen a las agencias administrativas.

En efecto, estas agencias se crean mediante el legislador estadounidense y es mediante la ley que se regulan sus atribuciones, sus reglas de funcionamiento y las técnicas de control por parte del Congreso. Pero el debate surge respecto de la ausencia de referencia a las mismas en la Constitución, cuestionando a veces su justificación democrática<sup>128</sup>.

Conviene mencionar estas agencias porque su supervisión y control corresponde al Congreso, mediante un control de naturaleza política y un control normativo. En efecto, es al Congreso a quien corresponde el nombramiento y

---

<sup>126</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo II*, cit., pp. 48-49.

<sup>127</sup> “agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include the Congress, and the Courts of the United States”, definición contenida en la *Administrative Procedure Act* de 1946.

<sup>128</sup> Puede verse, LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 104 y ss.

destitución de los altos cargos de las agencias y cuenta con una pluralidad de comités para la supervisión de las actividades de las distintas agencias. Por lo que refiere al control normativo, existe una pluralidad de controles del ejercicio de potestades normativas por parte de las agencias, ya sea mediante la aprobación del Comité de las actuaciones administrativas, o incluso mediante el veto legislativo a las normas aprobadas por las mismas<sup>129</sup>.

Si bien, no podemos obviar que los actos administrativos de las agencias son revisables por parte de los tribunales, pero ello únicamente tras haber agotado la vía administrativa (*exhaustion*) y siempre y cuando el acto haya llegado ya a una fase de “madurez” (*ripeness*). Es decir, la idea es no permitir el control judicial de los actos administrativos hasta agotadas las vías previas para evitar así posibles interferencias antes de tiempo. Y en todo caso, debemos destacar que el Congreso, mediante ley, puede limitar el plazo para recurrir un acto administrativo ante los tribunales<sup>130</sup>.

El modelo americano, como apuntamos, cuenta con un modelo de control distinto del propio de los ordenamientos continentales como el nuestro. Ello es fruto principalmente de su propia Historia. Es, sin embargo, bajo ese ordenamiento que se originan los medios alternativos de resolución de controversias (ADR), que luego importaríamos en el continente, y a los que nos referiremos más adelante en este trabajo.

En efecto, en España la necesidad de un control judicial de la actuación administrativa se genera como consecuencia de la configuración política del

---

<sup>129</sup> CARBONELL, E., MUGA, J.L., *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, 1996, pp. 29-40.

<sup>130</sup> CARBONELL, E., MUGA, J.L., *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, cit., pp. 125 y ss.

Estado moderno, y especialmente desde la transformación del régimen político del siglo XIX, individualista y liberal, para el que el administrado se presentaba como algo aislado frente al Estado<sup>131</sup>, garantizándose la sociedad como esfera de autonomía privada<sup>132</sup>, dado que los gremios y corporaciones se habían ido suprimiendo, hasta conseguir en el siglo XX la consolidación del denominado Estado social y democrático de Derecho que fue como tal reconocido en la diferentes constituciones políticas de los Estados europeos desde comienzos del siglo XX<sup>133</sup> así como el paulatino reconocimiento de los denominados derechos sociales, surgiendo lo que se denominó como el “constitucionalismo social”.

Fue a partir de este desarrollo de cierta estructura de grupo en la sociedad que el Estado tuvo poco a poco que intervenir de forma más acentuada

---

<sup>131</sup> Entendido en cuanto Estado moderno, dado que en la sociedad europea de la Alta Edad Media, como señala HABERMAS, “*no hay informe que permita hablar de una esfera de lo público como espacio propiamente separado de lo privado... Mientras que el príncipe y sus estamentos son el Estado, en lugar de representar en el sentido amplio y moderno de la palabra, no pueden sino asumir funciones mínimas de representación, ya que ellos representan la dominación, pero no al pueblo frente al pueblo*”. Los poderes feudales (iglesia, principado y estamentos de los señores), de los cuales dependen en primer lugar la esfera representativa de lo público, se disgregan en un largo proceso de polarización; hasta el final del siglo XVIII se desintegran en elementos privados los unos, y en públicos los otros. Así es como la esfera representativa de lo público retrocede ante la nueva esfera de cada “poder público” naciente con los estados nacionales y territoriales, y con ello se va generando un concepto diverso que va asentando y vinculando lo público al nacimiento de un Estado con equilibrio de poderes. Puede verse al respecto, HABERMAS, J., “La esfera de lo público”, en *Kultur und Kritik*, Frankfurt a. Main, Ed. Suhrkam, 1973, traducido por Francisco Galván Díaz y publicado en *La crítica social en Touraine y Frankfurt*, UAM-UAP ed., <http://148.206.53.230/revistasuam/dialectica/include/getdoc.php?id=307&article=328&mode=pdf>

<sup>132</sup> En este Estado liberal el catálogo de derechos fundamentales son un arquetipo y plantean a la sociedad como un espacio frente al poder público limitado a funciones mínimas. El interés general, señala HABERMAS, “*pareciera entonces estar garantizado bajo las condiciones de una sociedad de libre circulación de mercancías, pues el intercambio de los hombres privados en el mercado de los poderes sociales y en la esfera de lo público de los poderes políticos, ha sido emancipado*”, “La esfera de lo público”, cit.

<sup>133</sup> Puede pensarse en la Constitución mexicana de 1917 y en la Carta Alemana de Weimar de 1919.

en lo que sería la redistribución de los bienes y los servicios, fueren éstos públicos o privados. Y en esa tarea ha sido la conformación del modelo de Administración Pública la que asumió los retos del cumplimiento de los objetivos de justicia social del Estado. Esto ha llevado a transformaciones complejas de la Administración, centralizando y descentralizando sus funciones, y haciendo frente a cambios de estructura internos en un intento de “reorganizar” el nuevo modelo de Estado.

Desde un punto de vista meramente objetivo es indudable que en Europa se ha experimentado estos últimos tiempos un crecimiento desmesurado de la Administración Pública que, en ciertos casos, ha adquirido cotas desproporcionadas, y que ineludiblemente ha venido favoreciendo el aumento de la conflictividad no solo en lo cuantitativo sino también en lo cualitativo. Ahora bien, a la vez, y especialmente en los últimos tiempos, se ha producido lo que HABERMAS denominó como *la debilitación de la esfera de lo público*; la extensión de la esfera de lo público allende los órganos del Estado cualesquiera estructura tuviere, como sucede en España un Estado autonómico, a todas las organizaciones cuya acción se vincula al Estado, entrando en escena “*una no más incólume concurrencia de hombres privados organizados*”<sup>134</sup> que van a ejercer una influencia en lo público a través de sus partidos, sindicatos, asociaciones, etc.

De este modo, se ha ido produciendo una imparable disminución de las facultades reguladoras del Estado frente al poder del mercado, fruto del hoy denominado *neoliberalismo*<sup>135</sup>, en el que predomina la Economía de mercado.

---

<sup>134</sup> HABERMAS, J., “La esfera de lo público”, cit.

<sup>135</sup> Aun cuando lo que se ha producido para algunos autores, especialmente en la doctrina alemana, ha sido denominado *economía social de mercado*, en cuanto se dirige a alcanzar un equilibrio entre la economía de mercado y los fines sociales del Estado. Puede verse, CÁRDENAS, J., TEUCHLER HARTMUT, (eds.), *La economía social de mercado. Un*

En este modelo y aun cuando se haya considerado que existe pérdida de control del Estado sobre la Economía, no es del todo cierto, más bien que se produce una reducción de prestaciones sociales por parte del Estado, de manera tal que, como ha expuesto FIX ZAMUDIO, “no se puede afirmar que el Estado social se encuentre disminuido y menos aún la Administración pública, sino lo que se ha recortado, en virtud de que había crecido de forma desorbitada, es la actividad empresarial de carácter público, lo que hizo necesario la privatización de varias actividades de este carácter, inclusive en cuanto prestaban servicios públicos...”<sup>136</sup>.

En esa constante evolución se produce un paso más, en los últimos años del siglo XIX, que fue precisamente lo contrario de lo expuesto, a saber, se pasó de una Administración que de forma monopolizadora asumía la regulación de todos los sectores públicos a una nueva visión de Estado en el que éste asumía una función diversa, a saber, “reguladora”, pasando así de un Estado gestor a un Estado regulador<sup>137</sup>. En Todo caso, no se trata de fórmulas exactas, sino que este hecho tiene mayor o menor impacto según los sectores.

Esta nueva visión supone que el Estado establece los criterios desde el interés público concurrente para dirigir o corregir algunas posibles derivaciones negativas del mercado<sup>138</sup>, y ello provoca la creación de los denominados

---

*orden económico eficiente con responsabilidad social*, Managua-Nicaragua, Konrad Adenauer Stiftung, 1993.

<sup>136</sup> FIX ZAMUDIO, H., *Concepto y contenido de la Justicia Administrativa*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/10.pdf> Un desarrollo mayor puede verse en su obra *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, Mexico, El Colegio Nacional, 1983.

<sup>137</sup> Vid. GARCÍA ALVAREZ, G., “La Unión Europea como “Estado regulador” y las Administraciones independientes”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto 2014.

<sup>138</sup> Son muchos los autores que han analizado el fenómeno del Estado como regulador de los intereses públicos en el mercado. Puede verse a estos efectos GONZÁLEZ-VARAS

entes públicos, dotados de independencia y neutralidad, a los que se les denomina autoridades u organismos reguladores. Si bien estos entes tienen funciones decisoras que afectan obviamente, a la regulación del mercado y más importante, a sus operadores, entendiendo por los mismos a cualesquiera que intervengan, incluso a los mismos consumidores, reconociéndoseles también una función de resolución de posibles conflictos derivados precisamente de la actividad económica de la que ellos, como reguladores, son responsables.

En la actualidad esta visión que se ofrece de “lo público” trasciende la Administración Pública en sentido estricto, empero genera o puede potencialmente generar una conflictividad y unas vías que pueden ofrecerse, ser útiles, funcionar y resolver conflictos. ¿Es todo ello una “Justicia administrativa”?

Cierto es que el término de Justicia administrativa no ha sido expresamente acuñado dentro del Derecho administrativo, si bien entendemos que es un buen concepto para referirnos a la función de juzgar o resolver controversias (justicia) relativa a conflictos con la Administración (administrativa)<sup>139</sup>.

Sentado lo anterior, un dato más que debe tenerse en cuenta es el valor de la pluralidad de medios que permitan al final la tutela del ciudadano frente a la toda poderosa Administración.

---

IBÁÑEZ, S., *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes. Privatización, liberalización, regulación pública y derecho de la competencia*, Granada, Comares, 2001. Con crítica a este rol del Estado y más recientemente se ha posicionado BETANCOR, A., *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

<sup>139</sup> Este concepto es empleado por GONZÁLEZ PÉREZ en gran parte de su obra. Entre otras, en “la situación actual de la Justicia administrativa”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 69, 1992 y “Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 83, 1994.

En este sentido, PAREJO ALFONSO<sup>140</sup> afirmaba que en el Estado social de Derecho resulta decisiva la eficacia del cumplimiento de sus objetivos sociales como son la máxima igualdad posible en cada momento en la distribución de los bienes materiales y culturales, existiendo una clara tensión entre la legitimación propia de la Administración pública que radica en el pluralismo político y la sumisión al Derecho, y la eficacia de los fines sociales del Estado, debido a la inevitable restricción de los derechos de los gobernados, que en la actualidad prácticamente se identifican con los administrados. Y es precisamente debido a esta situación compleja de la actividad administrativa en la sociedad moderna que se va haciendo necesario reforzar la posible tutela de los particulares, de los ciudadanos, más allá de los administrados, para que puedan defender sus derechos e intereses legítimos.

Y es precisamente en el marco de estos medios de tutela en los que nos hallamos, marco que podemos denominar como Justicia administrativa o Justicia de lo público, pero, siendo que lo más importante es tener claros los contornos de la misma. Estos instrumentos pueden ser procesales o procedimentales. No siempre la Justicia administrativa debe identificarse con los tribunales de Justicia, ni tiene por qué serlo. Ello no es óbice a que la jurisdicción contencioso-administrativa constituya un medio imprescindible para el ciudadano que se siente tal, y no sometido para reclamar tutela de la Administración, igual que la vía administrativa, aunque con mucho menor éxito.

Pero junto a la vía jurisdiccional, como se desarrollará, existen otros medios que pueden favorecer la tutela del ciudadano frente a la Administración y que encuentran acomodo en nuestro ordenamiento, como se verá a lo

---

<sup>140</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 95-119.

largo de este trabajo. Evidentemente es imprescindible hacer referencia a la tutela de los ciudadanos a través del denominado recurso administrativo, como medio de impugnación frente a las decisiones de la Administración, combatiéndose con ellos las lesiones de los derechos e intereses legítimos de la ciudadanía en el procedimiento administrativo; y a figuras específicas que han logrado un prestigio en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos como ha sido la figura del *Ombudsman*, que, con diversas denominaciones y matices, viene a ser un organismo público autónomo que viene a estar integrado por personas de gran prestigio profesional y personal que reciben e investigan quejas de los ciudadanos ocasionados por actuaciones de la Administración pública o de otros órganos con poder, que no van solo referidas a infracciones de legalidad sino también por razones de injusticia, error, irracionalidad o retraso manifiesto. Igualmente han ido apareciendo otros métodos que la doctrina procesalista venía y viene considerándolos como vías alternativas que poco a poco se han ido integrando en el concepto de Justicia, y especialmente hay que mencionar la mediación, amén de la ya conocida conciliación, y el arbitraje.

#### **IV. MODERNIDAD Y GLOBALIZACIÓN: “REVOLUCIÓN” DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

El Derecho administrativo ha venido de la mano de la evolución del modelo de Estado. En el recorrido de la Historia jurídica se pone de manifiesto cómo a medida que se produce el asentamiento territorial y la búsqueda de la expansión de unos respecto de los otros, el poder político se fue coordinando, creándose ejércitos cada vez más numerosos y potentes, preparados para defender a los suyos y para atacar a quienes se opusieron a las políticas de expansión. Esa idea de dominio territorial muy



probablemente fue uno de los puntos de inflexión respecto del viejo modelo de Estado. Se requería de una estructura y un sistema financiero y económico que sostuviera ese desarrollo, con una organización que permitiera el desarrollo, la actividad, la sostenibilidad de esa organización política.

En ese magma de estructuras y organizaciones se encuentra igualmente el objetivo de este Estado-Nación, y para alcanzarlos se estructura y desarrolla los cauces y los instrumentos para desplegar fuerza y coerción por parte de ese nuevo modelo de Estado, un Estado mucho más poderoso y dominante. De los reinos se pasó así, a los Estados.

A medida que esa nueva concepción fue avanzando también chocó con ciertos intereses sociales, con crisis que propiciaron esa transformación de los objetivos del Estado, anterior al siglo XIX, en el que el bienestar social, la salud o la educación no formaban parte de su hoja de ruta y sin embargo comienzan a ser parte de esa visión de Estado moderno. Es por ello que el siglo XIX con la configuración del Estado de la modernidad, basado en la progresiva centralización del poder, va germinando en una necesaria estructura burocrática profesional que pueda coadyuvar al desempeño de ese poder –Administración–, en el reconocimiento de la soberanía estatal por parte de los otros; en la creación del sentimiento de pertenencia al mismo por sus habitantes.

De igual modo comenzó a defenderse la idea de que la prestación de servicios públicos por parte de la Administración es lo que justifica que se

le confirieran poderes exorbitantes<sup>141</sup>. Es decir, esto último es consecuencia de lo primero. Ello supone un cambio de perspectiva del modo de entender tanto la propia Administración como el Derecho administrativo. Esta construcción doctrinal sigue siendo válida a día de hoy aun cuando en vez de referida únicamente a la prestación de servicios públicos, considerando que la Administración merece dichas prerrogativas porque está al servicio de los intereses generales, tal y como reconoce el artículo 103 de nuestra Carta Magna.

El paso de los años, la Economía, la ideología política y una ráfaga de globalización imparable han propiciado un modelo de Estado diverso. Se fue paulatinamente integrando en el nuevo modelo de Estado social un elemento que ha transformado la misma idea y sentido de estado, la consolidación y sobre todo el protagonismo de la “sociedad civil” en el mismo. Ese elemento ha propulsado una acepción más abierta y más globalizada, aceptando que en el marco del Estado hay unas fuerzas vivas que componen la sociedad civil y que desempeñan una enorme influencia en la ciudadanía. Probablemente han insuflado de un dinamismo en lo económico, en lo político, en lo social, y hasta en el lenguaje, trasladando toda esta evolución y su protagonismo al Estado del siglo XXI.

Con ese pantallazo breve de una realidad política diversa, movida desde más allá de las fronteras y generando una sociedad multicultural y con un entusiasta cambio de los roles entre sus protagonistas, el Derecho administrativo, como parte del ordenamiento jurídico que regula y engloba las normas jurídicas que afectan a “lo público” va a verse igualmente afectado. Y no sólo por la posible reducción del papel del Estado en

---

<sup>141</sup> Esta teoría fue desarrollada por DUGUIT. En este sentido, puede consultarse DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, Paris, Sirey, 1923.

determinados sectores, sino por la aparición de actores nuevos en las relaciones jurídico-administrativas y más aún porque la multiplicación de estas nuevas y cada vez más complejas relaciones jurídicas que inciden en la estructura, fundamentos y relaciones que se gestan desde y con la Administración, arrastra consigo una potencialidad –cada vez más real y práctica- de litigiosidad en el ámbito administrativo que inunda tanto los órganos de la Administración como los tribunales con competencia en el orden contencioso-administrativo y que ha llevado a potenciar, también legalmente, cauces y procedimientos que favorezcan los acuerdos, los pactos, los consensos en la búsqueda de la solución al conflicto, amén de ir construyendo modelos de arbitraje que de forma específica, técnica, procesal y confidencial, amén de flexible y rápida, ofrecen soluciones más adaptadas a la litigiosidad administrativa del siglo XXI y una innegable apertura hacia sistemas que favorecen también aquí las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) en el Derecho administrativo.

### **1. La “huida” del Derecho administrativo en el entorno clásico del Derecho administrativo**

A lo ya expuesto acerca de la expansión del ordenamiento contencioso-administrativo y su transformación de jurisdicción especial a jurisdicción ordinaria, ha de destacarse que desde principios de los años ochenta, sin que ello quiera decir que no se diera antes, se empiezan atisbar intentos de “puentear” el Derecho administrativo y someter ciertos actos a Derecho Privado. Y fue en estos años que la doctrina dedicó gran parte de su esfuerzo en analizar esta cuestión.

Este fenómeno conocido por la doctrina como “huida” del Derecho administrativo<sup>142</sup> tiene su fundamentación también en el crecimiento desmesurado de la sociedad frente a un Estado incapaz de aportar soluciones.

En España, siguiendo el modelo francés, se consolidó un Derecho administrativo basado en un régimen de prerrogativas en favor de la Administración que debía convivir con la garantía del interés público frente a posibles excesos de esta Administración. Tradicionalmente lo anterior era predicable respecto de la totalidad de los actos administrativos a excepción de aquellos referidos a la gestión del patrimonio de la propia Administración.

Frente a lo anterior, como señala DEL SAZ<sup>143</sup> en un artículo dedicado a la “huida” del Derecho administrativo publicado hace ya más de 20 años pero cuya virtualidad hoy en día sigue siendo indudable, se ha evolucionado hacia una “*aplicación indiscriminada del Derecho privado*”, que se consolida progresivamente a partir de la posguerra española con la intervención directa del Estado en la vida económica.

Por una parte, comienza a nacer las figuras de gestión industrial de la Administración permitiendo a nuevas figuras societarias el ejercicio de funciones públicas y que tiene su principal exponente en la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. Dicha Ley introduce en la clasificación de organismos administrativos autónomos la distinción entre comercial, industrial, financiero o análogo, lo que viene a confirmar el

---

<sup>142</sup> Dicho concepto deriva de la expresión “*Flucht in das Privatrecht*” de FLEINER, F., citado en VON BOGDANDY, A., MIR PUIGPELAT, O., *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, cit., p. 218.

<sup>143</sup> DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril 1994.

ejercicio de actividades administrativas a través de cauces jurídicos privados.

Años antes, en el año 1941, se creó RENFE mediante la Ley de 24 de enero de ese año, configurándose como una entidad con personalidad de derecho público, pero actuando en régimen de empresa mercantil y cuya gestión, por ende, quedó sujeta al Derecho privado, aun levantando una gran polémica. No ha de olvidarse que la actuación a través de formas privadas era un fenómeno excepcional en la Administración clásica.

Algunos autores como BORRAJO INIESTA<sup>144</sup> se erigieron defensores de esta huida hacia el Derecho privado, siempre y cuando ello no supusiera una “huida del Derecho” en sí mismo. Es decir, para este autor la aplicación del Derecho privado no implica eximir a los actos de la Administración de cualquier control, sino hacer uso de mecanismos de control distintos, sometiendo estos actos al control de la jurisdicción ordinaria. Este fenómeno constituye, a su juicio, la elaboración jurisprudencial de un nuevo Derecho privado aplicable a las Administraciones públicas.

Por su parte, otro sector abundante de la doctrina manifestó su malestar con esta “huida” hacia el Derecho privado (MARTIN-RETORTILLO, GARCÍA DE ENTERRÍA, VILLAR PALASI, entre otros).

En lo que sí que coincidía la doctrina administrativa es en analizar las razones determinantes de esta “huida” del Derecho administrativo hacia el Derecho Privado.

---

<sup>144</sup> BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho administrativo”, en *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 78, 1993.

Una de las principales razones es el crecimiento del Estado en tamaño y en funciones, siendo que en Derecho administrativo tal y como está concebido, no permite ya dar respuesta a los problemas que suscita el Estado social actual. De ahí que un sector doctrinal propugne la “eficacia” en la actuación administrativa.

Así, la problemática de la dimensión estatal no existe únicamente en nuestro país, sino que se trata de un debate abordado también por nuestros países vecinos. El jurista alemán Ernst FORSTHOT se plantea que es posible que los moldes clásicos del Derecho administrativo tradicional hayan adolecido de una cierta rigidez, porque en el pasado este Derecho se centró principalmente en la defensa y garantía de los derechos individuales, más que en la prestación de bienes y servicios a los ciudadanos. Pero si no se quiere renunciar al Estado social, ni tampoco al Estado de Derecho, no queda más remedio que “juridificar” las decisiones en la que aquél se plasma<sup>145</sup>.

MARTIN-RETORTILLO apunta también que el sistema contencioso-administrativo es predominantemente procedimentalista y ello lo vuelve lento e ineficaz. Y ello es consecuencia justamente de la eterna búsqueda de garantías de los administrados que ha supuesto un mayor sistema de vinculaciones y controles. Esta es una de las razones por las que se ha buscado reiteradamente la búsqueda de fórmulas jurídico privadas para tratar de eludir esos controles<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Madrid, Comares, 2001, 2ª ed.

<sup>146</sup> MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho civil de la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996, p. 215.

Lo cierto es que la denominada “huida” del Derecho administrativo se ha ido consolidando progresivamente.

Un ejemplo podría ser la denominada doctrina de los actos separables, que nace en Francia como mecanismo para diferenciar la jurisdicción contencioso-administrativa del resto de jurisdicciones. Esta doctrina se ha erigido sustancialmente en el ámbito de la contratación pública, habiendo sido reconocida ampliamente por la jurisprudencia de nuestro país la posibilidad de separar los actos administrativos dictados en el proceso de preparación y adjudicación del contrato y pudiendo ser sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta idea fue expresamente recogida en el artículo 9.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 9.3 del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), donde se afirmó tanto el carácter excepcional de esta doctrina como sus efectos puramente procesales. Así, *“el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción”*. Actualmente se recoge en el artículo 21 del actual Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> El pasado 19 de octubre de 2017 fue aprobada la nueva Ley de Contratos del Sector Público (publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados de 26 de octubre de

Hoy en día destaca el papel del Derecho europeo como freno a esta incesante “huida” en determinados ámbitos<sup>148</sup>. Ejemplo de lo anterior es la definición del concepto de poder adjudicador en el derecho europeo de la contratación pública, cuya fuerza sirve para frenar el puenteo en la aplicación del derecho europeo de contratos públicos. Las Directivas comunitarias han definido como “poder adjudicador” al Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de estos entes u organismos de derecho público<sup>149</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha concluido que estos criterios de definición del “poder adjudicador” son conceptos autónomos del derecho europeo<sup>150</sup>.

Con todo ello, el legislador español aprobó en el año 2007 la Ley de Contratos del Sector Público, cambiando el ámbito subjetivo de aplicación

---

2017), con el trabajo de tesis ya cerrado, por ello las referencias contenidas en este trabajo a la normativa de contratos se harán al texto del año 2011 y en su caso, al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-8.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-8.PDF)

<sup>148</sup> En este sentido, CHINCHILLA MARIN, C., “El Derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, mayo-agosto 2016.

<sup>149</sup> 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 obra, de suministro y de servicios definió en su día como “organismo de Derecho público”, cualquier organismo (i) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, (ii) dotado de personalidad jurídica, (iii) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público.

<sup>150</sup> Así lo ha establecido el TJUE en relación con nuestro país en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto *Siepsa* (C-283/00), y en la Sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto *Correos y Telégrafos, S.A.* (C-220/06).



de la misma<sup>151</sup>. Así, resulta irrelevante que la entidad contratante adopte una forma jurídico-privada siendo que se limita así el efecto de la huida en este ámbito.

## **2. Evolución del derecho administrativo y del alcance de lo “público”. nuevas coordenadas y nuevos retos**

El siglo XX fue un periodo de gran importancia para la evolución del Estado y la consolidación de los grandes pilares que propiciarían la continuidad en su desarrollo. Mientras hasta principios del siglo XX la esfera pública fue en constante crecimiento, a partir de los años 70 del siglo pasado se produjo un cambio que supuso su progresiva reducción con la aparición de las privatizaciones, desregulaciones y el surgimiento de las figuras de partenariado público-privado. El Estado-empresario se transforma en Estado-regulador.

Para entender este proceso de transformación resulta necesario recordar el punto de partida del Derecho administrativo: su vinculación al Estado, a la ley y a los jueces. Como ha resultado expuesto, el Derecho administrativo es un Derecho ligado a uno de los tres poderes del Estado, el ejecutivo; vinculado a la ley y objeto de control por los tribunales. Es, por tanto, sobre estos tres pilares que gira la evolución del Derecho administrativo de nuestros días. Si ello nos interesa es básicamente porque

---

<sup>151</sup> La Exposición de motivos de la Ley de Contratos del Sector Público del año 2007 hace numerosas menciones a las Directivas comunitarias de contratos (“*A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación*”; “*Como medio para identificar el ámbito normativo supeditado a las prescripciones de las directivas comunitarias*”; etc.)

cambian también las relaciones entre Administración y ciudadano, representando cada vez más intereses contrapuestos, y, por tanto, varía el tipo de conflictividad administrativa.

### ***2.1 Crisis de la teoría del Estado***

Desde hace algunas décadas el Estado tal y como se concibió tradicionalmente está sufriendo un continuo proceso de transformación. Primero fue la Constitución de 1978; posteriormente la ruptura de las barreras nacionales mediante la creación de organismos internacionales y supranacionales y tras ello, la creciente complejidad social acompañada de una crisis económica, social y de valores.

En efecto, el Estado como centro ha sido cuestionado por dos fenómenos que han supuesto la ruptura de las barreras nacionales. Por una parte, la aparición de organismos multinacionales e internacionales que han entrado a conocer de sectores que hasta entonces eran dominio exclusivo del Estado<sup>152</sup>. Nos referimos entre otros, al sistema monetario, al transporte aéreo, al comercio de mercancía, etc. De otra, la creación de organismos supranacionales como la Unión Europea, que supone la transferencia de funciones nacionales al ámbito supranacional.

Surge así, la noción de “gobernanza global”, una gobernanza multinivel que difiere de la noción tradicional de gobierno basada en el Estado nacional aisladamente considerado, tanto por los sujetos que participan como por las relaciones entre ellos y con los administrados, dando lugar a

---

<sup>152</sup> Hoy en día existen alrededor de 2.000 instituciones internacionales.

su vez, a un “*espacio administrativo global*”, en términos de KINGSBURY y STEWART<sup>153</sup>. En este contexto, el Estado nacional pierde su estructura de ordenamiento compacto y unitario y tiene que compartir y tener en cuenta las normas e implicaciones derivadas de estos otros organismos.

Autores como MIR PUIGPELAT<sup>154</sup> ya destacaron en su momento el cambio de significado de la cláusula constitucional del Estado social como consecuencia del fenómeno de la globalización, concluyendo que los peligros de la globalización únicamente podrían llegar a ser neutralizados a través de instancias político-institucionales también globales.

Comienza a hablarse de un denominado “Derecho administrativo global” caracterizado por el incremento de la regulación y de la Administración transgubernamental, para abordar las consecuencias de la globalización que conlleva la necesidad cada vez más incesante, de crear mecanismos para juridificar las decisiones y normas que se adoptan en el plano intergubernamental y que a los efectos que aquí interesa, resultan de aplicación a los administrados<sup>155</sup>. No hay que tratar de deslindar este nuevo Derecho administrativo en niveles de regulación (local, estatal, supraestatal), sino que hay que entenderlo como un conjunto de actores y de estratos que actúan conjuntamente en el espacio administrativo global, siendo que su actuación genera efectos transfronterizos.

---

<sup>153</sup> KINGSBURY, B., STEWART, R., *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016, pp. 25-27.

<sup>154</sup> MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2004.

<sup>155</sup> KINGSBURY, B., STEWART, R., *Hacia el Derecho Administrativo global...*, cit., pp. 87-91.

Lo cierto es que ese espacio administrativo global se encuentra poblado de abundantes reguladores privados transnacionales y de organismos híbridos público-privados que conviven con los propios reguladores nacionales y los organismos e instituciones supragubernamentales, de ahí que los problemas que se suscitan difieran de los conocidos internamente por el Derecho administrativo nacional de cada país. Así, el Derecho administrativo global busca dar respuesta a los problemas y demandas que surgen de este complejo paradigma de relaciones, siendo que sus respuestas buscan siempre instaurar unos principios y unas prácticas comunes.

Sin embargo, surge el problema de la rendición de cuentas por parte de este conglomerado de instituciones variadas y de estratos diversos, puesto que debe garantizarse que los mismos actúan conforme a unos mismos principios y valores. El problema del control de su actuación será objeto de análisis con posterioridad en el presente trabajo.

Por otra parte, hay que aludir a la evolución de las relaciones entre Estado y Sociedad. A este respecto resulta imprescindible referirse a la obra de ESTEVE PARDO *La nueva relación entre Estado y Sociedad*, en la que el autor analiza el desajuste actual entre la configuración del Estado y la sociedad de nuestro tiempo con su particular configuración. ESTEVE PARDO define como un “*movimiento de tipo tectónico*” la profunda mutación de las relaciones entre Estado y Sociedad debido entre otras cuestiones, a la crisis económica, institucional y social de las últimas décadas en Europa. La crisis obliga a replantear el papel del Estado, a quien se le asigna la tarea de satisfacer las necesidades de la sociedad<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 17-28.

Así, mientras el modelo de Estado liberal se construyó sobre la idea de separación entre Estado y sociedad, el Estado social actual se levanta sobre la idea de integración e interconexión entre ambas realidades. Esta distinción se refleja también en la organización interna del Estado y sus instituciones. El modelo liberal se caracteriza por una mayor impronta garantista y por la clara división entre poder público y sociedad. El modelo social, por su parte, busca un modelo institucional basado en el equilibrio y la colaboración de Estado e individuos.

La incapacidad del Estado para absorber la compleja realidad que le rodea en este pasaje de Estado liberal a Estado social ya fue subrayada tempranamente por GARCÍA PELAYO<sup>157</sup>.

Este salto del Estado liberal al Estado social ha sido acertadamente descrito por SCHMITT como sigue: *“El Estado se convierte en “autoorganización de la sociedad”. Desaparece entonces, como ya hemos indicado, la consabida distinción entre Estado y sociedad, Gobierno y nación, desde el momento en que todos los conceptos e instituciones (Ley, presupuesto, autonomía administrativa) contruidos sobre dicha premisa comienzan a plantear nuevos problemas. Pero, al mismo tiempo, se opera una transformación más vasta y más profunda. Organízase la sociedad misma en Estado: el Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. Con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antítesis que resultan de*

---

<sup>157</sup> GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.

*la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que sólo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo.” Y añade, “La sociedad convertida en Estado, se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico; el Estado resultante de la autoorganización de la sociedad no puede ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”<sup>158</sup>.*

Sin embargo, como apunta ESTEVE PARDO en su obra *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, en la era actual no estamos ante transformaciones derivadas de un cambio en el concepto y organización del Estado sino al contrario, en un fortalecimiento desmedido de la sociedad en las últimas décadas, que lleva a que el Estado actual, con su estructura organizativa, es incapaz dar respuesta a los problemas de los individuos. Los cambios sociales son tan rápidos y continuos que sobrepasan la capacidad del Derecho de acompañarlos, por cuanto no es capaz ni de preverlos ni de adaptarse con la rapidez que estos requieren.

Para algunos autores como PAREJO ALFONSO la recomposición de la relación Estado-sociedad se consigue fundamentalmente mediante la combinación de la privatización de actividades y la adaptación de la intervención pública a la lógica de los sectores de actividad<sup>159</sup>. El problema

---

<sup>158</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 135-136.

<sup>159</sup> PAREJO ALFONSO, L., “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000.

surge de la tensión público-privada derivada de la autolimitación del Estado emanada del principio de legalidad y de la necesidad de que el Estado actúe para garantizar la libertad y el bienestar de la ciudadanía. Todo ello aboca indefectiblemente a la consolidación del mito de ineficacia de lo público y al reforzamiento de la imagen de eficacia de lo privado, proceso que no fue fruto de un momento breve y temporal, sino que ha propiciado un espacio del tiempo, prolongándose desde la década de los años sesenta.

Todo lo expuesto no pone en cuestión el Estado constitucional, sino que aboga por una transformación o “adaptación” del mismo a la nueva realidad de las relaciones con la sociedad, en la que cada vez más, surgen conflictos derivados de intereses contrapuestos.

## ***2.2 Evolución de la vinculación del Estado a la ley***

En relación con lo expuesto en el apartado anterior, la aparición de organismos internacionales y supranacionales implica a su vez, una legitimidad de las normas de estos organismos. El Estado español ya no se encuentra vinculado únicamente por la ley nacional, sino que debe respetar también los principios comunes a los ordenamientos europeos. A su vez, la propia burocracia administrativa hace que la Administración esté más interesada en recurrir a la ley, porque el consagrar una decisión administrativa en Ley evita que los jueces puedan pronunciarse tan fácilmente sobre la misma.

En todo caso, la realidad social es cambiante y requiere, por ende, que el Derecho se adapte a su continua transformación. Es por ello que cada vez más, las leyes dejan de regir para largos períodos de tiempo y

comienzan a tener una determinada acotación temporal de su vigencia. Por otra parte, presenciamos también la flexibilización del contenido prescriptivo de las normas, caracterizada por una formulación normativa abierta para permitir soluciones adaptadas a las situaciones de hecho concretas y al contexto social<sup>160</sup>.

Aparece así, la necesidad de un espacio autónomo de decisión de la Administración, que ya no puede ser una mera máquina ejecutora sino que debe también buscar soluciones de forma autónoma y para ello requiere de espacios de libertad<sup>161</sup>.

Solo una aproximación real y más amplia de la función de tutela de derechos e intereses de los administrados puede posibilitar que el Derecho sea capaz de identificar los conflictos actuales y de dar respuesta a los mismos.

La Administración deja de ser el aparato neutro que se limita a ejecutar la voluntad claramente expresada en una norma, sino que la norma otorga discreción a la Administración para optar entre alternativas que se mantengan dentro de los límites de esta discreción. Es decir, las normas sientan el contenido mínimo legal pero la Administración tiene margen de discreción para adaptar su aplicación.

Por otra parte, se está produciendo un fenómeno natural de asunción por parte de la sociedad de funciones propias del Estado, entre otras,

---

<sup>160</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, Sevilla, Global Law Press, 2012, pp. 36-39.

<sup>161</sup> CASSESE, S., “*Crisis y transformación del Derecho Administrativo*”, Documentación Administrativa, núm. 250-251, enero-agosto 1998.



la inclusión en las tareas normativas del Estado. Se trata de lo que la doctrina ha denominado “la autorregulación privada”<sup>162</sup>.

A este respecto conviene recalcar que el Derecho administrativo no puede entenderse como normas aplicables únicamente al Estado y el Derecho privado como normas aplicables a los particulares. Ha de insistirse en la posibilidad de aplicación de estas normas entre sí, puesto que cada vez más surgen normas de Derecho administrativo dirigidas no tanto al Estado como a los particulares. Véase, por ejemplo, las normas que regulan el contenido de las relaciones concesionales, o las normas sectoriales tales como la regulación energética.

### ***2.3 Evolución del control judicial***

La búsqueda de efectivas técnicas de control de los poderes del Estado ha sido una constante a lo largo de la Historia. Se trata de la ya bautizada en la década de los sesenta por GARCÍA DE ENTERRÍA “*lucha contra las inmunidades del poder*”, y que en la mayoría de ocasiones no ha partido de la defensa de los derechos de los administrados frente a la Administración sino más bien de la defensa de las potestades administrativas<sup>163</sup>.

La transformación de la conceptualización del Estado y de las relaciones Estado- sociedad plantea a su vez, cambios en el modelo de control

---

<sup>162</sup> ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad*, cit., p. 111.

<sup>163</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

de la Administración. Como ha sido puesto de relieve en apartados anteriores, la distinción entre Administración y Justicia administrativa se ha ido difuminando.

Conviene destacar que no se trata únicamente de un fenómeno nacional, sino que, a título ilustrativo, en nuestro país vecino se cuestiona de manera abierta el papel de una institución como el Consejo de Estado, al entender que ya no responde a la necesidad que exige esta nueva relación Administración-administrado. Pero dicho movimiento de contestación no se limita al ámbito francés, sino que tiene su reflejo a nivel europeo, lo cual refuerza la idea de que nos encontramos ante un evidente movimiento de transformación de las instituciones y de los mecanismos de control de la Administración

Dicho movimiento a favor de la generalización y el refuerzo del control judicial de la Administración tiene su reflejo en el ámbito europeo en la aportación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde donde se defiende la necesidad de un control judicial imparcial e independiente de los actos de la Administración y se busca consolidar unos principios comunes al Derecho administrativo europeo<sup>164</sup>.

En nuestro país la doctrina continúa dividida en torno a la necesidad o no de un mayor control judicial de la Administración. Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ entre otros, defiende la necesidad de fortalecer los

---

<sup>164</sup> PADRÓS REIG, C., ROCA SAGARRA, J., “La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995.

controles a la actividad administrativa, en base al hecho de que juzgar debidamente a la Administración contribuye en sí mismo a una mejor administración por parte de esta<sup>165</sup>.

No podemos obviar en este sentido el fenómeno de la huida del Derecho administrativo, que será objeto de estudio *infra*, que supone la pérdida de garantías de la ciudadanía por cuanto dicha actividad al origen propia de la Administración se escapa del control del juez contencioso-administrativo<sup>166</sup>. Sin embargo, a este respecto, el propio Tribunal de Europeo de Derechos Humanos ha defendido que esta distinción no supondrá nunca una vía exclusión del control judicial de estos actos, puesto que podrán ser controlados por la jurisdicción ordinaria<sup>167</sup>.

Por último, ha de destacarse el fenómeno actual de privatización de la Justicia. El Estado ha buscado históricamente monopolizar la Justicia y es por ello que el hecho de que hoy, exista una tendencia a la privatización de la Justicia supone en sí mismo un cambio de identidad del Estado mismo<sup>168</sup>.

ESTEVE PARDO ha distinguido dos fases dentro del fenómeno de privatización de la Justicia:

---

<sup>165</sup> “La necesidad de mayores espacios de libertad por parte de la Administración con la correspondiente marginación de los jueces (...) es una regresión histórica y en este sentido es objetivamente reaccionaria, inaceptable para cualquier espíritu progresista”, en “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 1992.

<sup>166</sup> En este sentido, DEL SAZ, S., “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA, C., LOZANO B., y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992.

<sup>167</sup> En España esta tesis ha sido defendida por BORRAJO INIESTA, I. en “El intento de huir del Derecho Administrativo”, cit.

<sup>168</sup> ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad...*, cit., p. 112.

1.- Una primera, de introducción y generalización del acuerdo y la conformidad entre las partes, tratando así de evitar el recurso a los tribunales.

2.- Una segunda, consistente en la renuncia a la jurisdicción mediante mecanismos alternativos de resolución de conflictos como son la mediación y el arbitraje. El legislador adopta una postura claramente a favor de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos. A título ilustrativo, el artículo 414 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone expresamente que *“el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”*.

Esta tendencia hacia las soluciones negociadas con la Administración será objeto de un análisis exhaustivo en Capítulos posteriores, tanto con carácter general como específicamente identificadas en el Derecho administrativo.

## **CAPÍTULO SEGUNDO. TUTELA DE INTERESES Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS A TRAVÉS DE LAS ADR**

### **I. INCORPORACIÓN DE LAS SOLUCIONES NEGOCIALES AL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Hemos expuesto en el Capítulo primero las transformaciones en las relaciones entre sociedad y Estado que tienen su reflejo en la tipología de conflictos administrativos y en los movimientos de transformación de las instituciones y de los mecanismos de control de la Administración. En este contexto de mutación o de transformación del Derecho administrativo propiamente dicho, interesa tratar la incorporación de las formas negociales de solución de conflictos en materia administrativa. Ello es y será un buen punto de partida para valorar la incorporación de mecanismos como el arbitraje para solucionar las controversias de Derecho administrativo.

#### **1. De la negación a la estricta restricción de las soluciones negociadas**

Como ha sido ya puesto de relieve en el Capítulo anterior, las continuas reivindicaciones sociales han llevado a la Administración a adoptar un rol protagonista dentro del conjunto de poderes del Estado en la búsqueda de soluciones.

Para la doctrina procesalista clásica el juez era el protagonista en todo procedimiento, era el personaje más importante. En palabras de CALAMANDREI, el juez *“asiste mudo e impenetrable a todo el desarrollo del drama; siempre presente, se limita a escuchar en silencio la disputa de*

*los otros personas. Pero al fin, la última palabra, la palabra decisiva, es la suya: todo aquello que se ha dicho en el curso del debate se resume y se disuelve en su decisión. El epílogo del drama, el último acto del rito, es la sentencia. Ite missa est. Ite iudicatum est”*<sup>169</sup>.

Sin embargo, en cualquiera de las ramas del ordenamiento jurídico español existe la posibilidad de que el proceso no termine con una sentencia, ya sea porque el recurrente desista, porque se dé un supuesto de terminación anormal del proceso o porque se recurra a otros métodos alternativos de resolución del conflicto.

El punto de interés radica pues, en la justificación de por qué en un determinado momento comienza a hablarse de mecanismos alternativos para resolver la conflictividad en el ámbito administrativo, el legislador lo incorpora al ordenamiento jurídico y ya no existe esa negación de la institución en sentido general.

Pues bien, desde el momento en que la Administración deja de ser evaluada en términos de mera eficacia formal, su margen de toma de decisiones se ve agrandado y ello conlleva también la decisión de optar por el instrumento más adecuado en cada momento. Es pues, en este contexto que el acuerdo y el consenso surgen como complemento de la legitimación aportada por la norma. Téngase en cuenta que la vinculación entre ley y acción administrativa se transforma y deja de basarse en reglas abstractas y condicionales para englobar condiciones y objetivos que la Administración ha de cumplir en función de cada situación<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> CALAMANDREI, P., *Processo e Democrazia*, Padua, CEDAM, 1954, pp. 46-47.

<sup>170</sup> DELGADO PIQUERAS, F., *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p.152.

Todo ello supone que la Administración ha de requerir cada vez más la colaboración de los sectores e individuos implicados que pasan a participar de la toma de decisiones públicas. La doctrina francesa ha calificado este fenómeno de “*estrategia de seducción*”, entendiendo que se trata de un intento de legitimación de la propia actividad administrativa<sup>171</sup>.

Ante esta innegable realidad, los administrativistas no se han mostrado unánimes, adoptando diversas posturas acerca de la apertura de la Administración a medios negociales.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>172</sup> vaticinan la imposición de una “Administración concertada” y entienden que la negociación es un instrumento imprescindible en la tarea de administrar. Para ellos, la Administración concertada responde a una tendencia liberalizadora por la que la Administración renunciaría a hacer valer sus poderes imperativos, aceptando colaborar y convenir con los administrados. Una cuestión problemática sería la de los márgenes de la negociación, respetando en todo momento la vinculación positiva de la Administración a la ley. Así, los autores entienden que el concierto no supone que la Administración adquiera poderes que no tuviera ya por ley, sino que el ejercicio de sus potestades se enmarca en este proceso de negociación o entendimiento entre partes.

---

<sup>171</sup> CAILLOSSE, J., “Le manager entre dénégation et dramatisation du droit”, *Politiques et management public*, vol. 11, 1993, p. 95.

<sup>172</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo. I*, cit., p. 703.

Por su parte, PAREJO ALFONSO<sup>173</sup> centra su estudio en analizar el fenómeno de la “contractualización” derivado a su juicio, del paso del modelo de Estado liberal al modelo de Estado social de Derecho. Esta evolución supone el decaimiento de la primacía del acto administrativo y el aumento de las técnicas de persuasión y diálogo. Es por ello, que el autor aboga por analizar con detenimiento cómo casan estos nuevos instrumentos con los valores irrenunciables del Estado de Derecho. La acción sujeta al Derecho Privado no debe suponer la exención de las vinculaciones constitucionales de la Administración ni el surgimiento de nuevos privilegios para el poder público.

Es en este contexto de “contractualización” que surge la idea de la terminación convencional, que se recogió inicialmente en la LRJPAC<sup>174</sup> y actualmente en la LPAC<sup>175</sup>, como analizaremos más adelante.

---

<sup>173</sup> Puede verse PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid, CEC, 1991.

<sup>174</sup> Artículo 88 de la LRJPAC.

<sup>175</sup> “Artículo 86. Terminación convencional.

*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 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.*

*2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.*

*3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.*

*4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos.*



En palabras de TORNOS MAS<sup>176</sup>, existe una “crisis de crecimiento” que responde al incremento de las funciones administrativas así como de una mayor conciencia de la ciudadanía del contenido de sus derechos. Y todo ello conlleva la necesidad de buscar nuevas fórmulas que de manera eficiente permitan hacer frente a la creciente conflictividad administrativa.

En este sentido, el Consejo de Estado francés, en su estudio “*Règler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*”<sup>177</sup> del año 1993, destacó tres posibles técnicas alternativas de resolución de conflictos: (i) las técnicas para prevenir el litigio; (ii) las técnicas dirigidas a poner fin de manera anticipada al proceso judicial y (iii) las técnicas dirigidas a resolver el conflicto a través de cauces no jurisdiccionales.

En cualquier caso, la ubicación de medios alternativos para resolver conflictos en el seno del Derecho público y específicamente en el de los conflictos administrativos es cuanto menos controvertida. La razón no es otra que la propia naturaleza que arrastran tras de sí las ADR a lo largo de la Historia, y que en su propia naturaleza implica que un tercero, ajeno a las partes, tiene la posibilidad de resolver los conflictos que existen entre

---

5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.”

<sup>176</sup> TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995.

<sup>177</sup> CONSEIL D’ETAT, *Règler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Étude adoptée par l’assemblée générale du Conseil d’Etat le 4 février 1993*, Paris, La Documentation française, 1993.

las mismas, conflictos que en este caso afectan a la Administración. Supone en toda regla una especie de cesión de su poder de control dejando en manos de un tercero ajeno a la misma la decisión de los conflictos<sup>178</sup>.

Obviamente, esta animadversión hacia la cesión o dejación en manos de otros es lo que llevó a considerar igualmente la prohibición de transigir, de pactar, de convenir. Prohibición que ha ido con el paso de los años relajándose, al ir, poco a poco, incorporándose en las leyes administrativas esta posibilidad, siempre con el debido cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas.

Esta posición de recelo es la que comportó igualmente un mayor retardo en la implicación e incorporación de medios no judiciales ni jurisdiccionales de solución de la conflictividad (ADR) en el ámbito del Derecho administrativo. Cesión, pacto, transacción, acuerdo, eran conceptos que generaban una cierta alergia en Derecho administrativo, en cuanto se consideraban como punto de partida como una *contraditio in terminis*. Fue con la ya citada LRJPAC que el legislador español incorporó de manera evidente la posibilidad de recurrir a otros cauces para resolver los conflictos con la Administración.

---

<sup>178</sup> Interesante a este respecto sería analizar precisamente las dificultades que tuvo en España la creación de órganos jurisdiccionales unipersonales que pudieran fiscalizar la actividad administrativa, por cuanto en un Estado como el que España tuvo en el franquismo, no tenía sentido que los tribunales pudieran controlar la actividad de la administración; una Administración que se bastaba y servía y que no permitía transparencia ni revisión de toma de decisiones. De hecho, la aparición del orden contencioso administrativo es el resultado de la negación del sometimiento de “lo administrativo” a la jurisdicción civil.

## 2. Las formas negociales bajo las leyes de procedimiento administrativo

Como hemos referido con anterioridad, fue con la LRJPAC de 1992 que se introduce la posibilidad de recurrir a instrumentos convencionales tanto en la tramitación como en la terminación de los procedimientos<sup>179</sup>. La cuestión no estuvo exenta de cierta polémica doctrinal, como veremos, derivada de las distintas concepciones de las potestades administrativas públicas. Lo que se buscó fue la interacción entre Administración y administrado, es decir, una administración pactada, sin que ello afectara al interés público ni al principio de legalidad al que está plenamente sometida la Administración.

Así las cosas, el artículo 88.1 de la LRJPAC, que corresponde con el actual artículo 86.1 de la LPAC, establecía la posibilidad de que la Administración celebre “*acuerdos*”, “*pactos*”, “*convenios*” o “*contratos*” tanto con personas de Derecho público como privado. El límite se fijó respecto de aquellas “*materias no susceptibles de transacción*” y que “*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*”.

La terminación convencional no pretende, por tanto, reconocer a la Administración autonomía de la voluntad tal y como se conoce en el ámbito privado, sino que se trata simple de una fórmula para evitar posteriores conflictos en sede jurisdiccional, tratando de buscar el acuerdo entre las partes y garantizando, as su vez, un mayor grado de cumplimiento de los

---

<sup>179</sup> Así se recoge expresamente en la Exposición de Motivos de la propia LRJPAC (Expositivo 12).

procedimientos<sup>180</sup>. Como hemos expuesto, las negociaciones entre Administración y administrados ya existían, lo único que no contaban con un procedimiento legal, por tanto, la LRJPAC contribuye también a proceduralizar esa contractualización.

Pero en todo caso, dicha previsión normativa no deja de ser una norma abierta, sin eficacia directa, que se remite en cada caso a la disposición aplicable.

Por su parte, el artículo 107.2 de la misma incorporó la previsión de que *“las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.”* Por tanto, la LRJPAC ya incorporó la posibilidad de recurrir a conciliación, mediación y arbitraje, aun cuando, como veremos, la virtualidad práctica de este precepto, reproducido en la actual LPAC, ha resultado escasa hasta la fecha.

---

<sup>180</sup> EZEIZABARRENA SAENZ, X., “La terminación convencional del procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril 2003, pp. 253-254.

Esta posibilidad fue además reiterada por la doctrina del Tribunal Constitucional de la época como, por ejemplo, la Sentencia núm. 217/1991, de 14 de noviembre<sup>181</sup>:

*“Este Tribunal ha declarado reiteradamente la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (por todas, STC 60/1989, las que en ella se citan y también, por su proximidad al presente supuesto, la STC 162/1989). De un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma rápida y acomodada a sus intervenciones el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo”.*

La situación actual ofrece numerosas manifestaciones de la evolución y de la aceptación de medios que permiten cesiones, pactos, acuerdos o transacciones, si bien con las debidas cautelas que en un ámbito como el que ocupa pueden plantearse.

A comienzos de presente siglo, el Consejo General del Poder Judicial planteó la necesidad de favorecer la resolución de los conflictos mediante fórmulas que eviten la formalización o la prolongación innecesaria de un

---

<sup>181</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/1991/12/17/pdfs/T00027-00031.pdf>

proceso judicial. Así, en su volumen titulado “Del modo de arreglar la Justicia” que forma parte de los *Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas* del año 2011 se propuso que se estableciera “*la preceptiva intervención del Juzgado o Tribunal para instar a las partes a alcanzar acuerdos que una vez incorporados al proceso pongan fin al mismo y eviten nuevas controversias judiciales sobre la misma cuestión*”.

De igual modo, se propone favorecer el arbitraje, la mediación, la conciliación y la transacción para evitar la iniciación de un proceso previa identificación de las materias susceptibles de ser objeto de estos procedimientos. Se ha venido asociando, por ello, las ADR a la efectividad en el modelo administrativo y a la necesidad de buscar, además de la tutela administrativa o tutela jurisdiccional, nuevas vías que favorezcan la resolución de los conflictos. El recurso a estos mecanismos alternativos ha ido siendo incorporado por el legislador español a la normativa sectorial de distintos ámbitos, de la que destacamos la normativa de contratación administrativa, que será objeto de estudio detallado en el Capítulo siguiente de este trabajo, pero que constituye el ejemplo paradigmático de apertura por parte del legislador a estos nuevos cauces, aunque como veremos, con limitaciones, tanto formales como materiales.

Lo importante cuando se analiza la incorporación de los elementos convencionales y sobre todo de los cauces que permiten el ejercicio de la disponibilidad por las partes es tomar en consideración qué cauces y cómo se regulan en sede administrativa pero igualmente también ha de valorarse

de qué manera reportan una mayor garantía, un beneficio a los administrados, máxime cuando debe estar presente que la Administración sirve a los administrados y no al revés.

Pongamos el ejemplo del mutuo disenso en los contratos administrativos, esto es la admisibilidad de que un contrato se termine por el consentimiento de ambas partes<sup>182</sup>, y que viene expresamente determinada en el artículo 223 del TRLCSP<sup>183</sup>, aun cuando con previsiones específicas que limitan, en algunos casos, la terminación convencional de estos contratos.

Efectivamente, que la Justicia está en crisis era y es un dato innegable. Y quizás más que hablar de “crisis de la Justicia” deberíamos hablar de una crisis del sistema de Justicia en su conjunto o, en palabras de PAREJO ALFONSO, ante una auténtica crisis de confianza del Estado<sup>184</sup>. Hay mayor conflictividad, en todos los ámbitos y en todos los sectores, los órganos jurisdiccionales, a pesar de la especialización, encuentran situaciones inesperadas, aumentan los conflictos colectivos o sociales, más allá de los meramente individuales –pero sin que éstos aminoren o sean sustituidos por aquéllos-, las estructuras y las normas no ofrecen respuestas a

---

<sup>182</sup> "no se trata de consentir la ineficacia del contrato por razón del incumplimiento observado, sino de un auténtico acuerdo de las partes y, por tanto, un NUEVO NEGOCIO JURÍDICO DIRIGIDO A DEJAR SIN EFECTO UNA RELACIÓN OBLIGACIONAL PREEXISTENTE PLENAMENTE VÁLIDA Y EFICAZ. El mutuo disenso, como negocio jurídico, requiere de su propia y autónoma existencia, con sus presupuestos de validez y eficacia, de forma que precisa su plasmación expresa o su constatación inequívoca a través de la doctrina de los actos propios llevado a cabo por las partes, sin que pueda inferirse, directamente, de la interpretación o integración del contrato principal que nada contempló al respecto" (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de febrero de 2016).

<sup>183</sup> Artículo 221 del Proyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público aprobado en octubre de 2017.

<sup>184</sup> PAREJO ALFONSO, L., “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, 1989, p. 16.

las nuevas situaciones. Puede decirse que son razones exógenas y endógenas las que, combinadas e impredecibles, ofrecen un panorama nada halagüeño de la Justicia.

Esa situación potencia la necesidad de incorporar a todos los ámbitos otros medios que permitan ofrecer respuestas, y encontrar un panorama diverso del que se ha descrito. Muy probablemente porque esa es la tendencia abierta y expansiva en todos los ámbitos de la conflictividad jurídica, incluso incorporándolo a la tutela penal igualmente a través de la mediación penal<sup>185</sup>. Sin embargo, las razones de ese cambio en sede administrativa se equilibran entre los siguientes elementos: la búsqueda de tutela, de respuestas al administrado, de manera ágil y eficiente, reduciendo los tiempos de resolución y buscando que el conflicto sea resuelto por alguien con conocimientos suficientes en la materia. Es decir, los criterios de Justicia, especialidad y de eficiencia están presentes en esa búsqueda.

Cuando estos argumentos se trasladan a la jurisdicción administrativa, un “ingrediente” más entra en juego: el principio de legalidad, que vino suponiendo un parapeto argumentario contra cualesquiera posibilidades alternativas a la Justicia administrativa entendida como órganos administrativos y órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa o, si se quiere, procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo-. Era obvio que la llamada “crisis de la Justicia” arrastrara tras de

---

<sup>185</sup> Por todos puede verse, BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.



sí, igualmente, la crisis de la propia Administración Pública<sup>186</sup> como manifestación de esa “crisis” generalizada y en mayúsculas. Y es precisamente en tiempos de crisis en los que se producen los movimientos, la aparición de nuevas ideas, la revisión de estructuras, de modelos y por supuesto de normas<sup>187</sup>.

Ante la misma, autores como HUERGO LORA consideraban que “*el aumento de la litigiosidad administrativa, que ha contribuido en gran medida a la actual duración de los procesos, es un hecho que hay que asumir como consecuencia inevitable de la vivencia efectiva del Estado de Derecho, ante el cual es necesario reaccionar también incrementando, en calidad y cantidad, los medios de que dispone la jurisdicción contencioso-administrativa y dotándola de una plantea adecuada a sus necesidades*”<sup>188</sup>. Ciertamente supone arreglar o mejorar lo existente, indudable, especialmente adaptándolo a la realidad cambiante, esponjosa, permeable y exponencialmente extensiva que ofrece el sector de lo público, y especialmente en el ámbito del Derecho administrativo. Basta a estos efectos tener en cuenta el desarrollo del Derecho regulatorio, esto es, la creciente

---

<sup>186</sup> Como dispone PAREJO ALFONSO, L, sin duda, “todo ello se inscribe en la actual crisis de Estado social, con la generalización en la ciudadanía de sentimientos de insatisfacción e inseguridad sobre el actual modelo de desarrollo socioeconómico y, por ende, en las instituciones que lo dirigen, nos hallamos ante una auténtica crisis de confianza del Estado”, en *Crisis y renovación en el Derecho público*, cit.

<sup>187</sup> De ahí la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que, pese a los esfuerzos, no dio los resultados pretendidos, pese a que como era de esperar los logros alcanzados por la misma también se hicieron visibles en la doctrina administrativista. Entre otros se pronunció al respecto ARROYO YANES, L.M., “La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa”, en ZAMBONINO PULITO (Dir.), *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 155 y ss.

<sup>188</sup> HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, p. 21.

regulación pública de sectores clave de nuestra Economía como energía, telecomunicaciones, transporte, etc. junto con una intervención cada vez mayor de la Administración Pública en la vida social y económica de la ciudadanía, todo ello genera y favorece la aparición de múltiples conflictos que las relaciones jurídicas en este entorno pueden y están produciéndose al respecto, requiriendo de vías más ágiles, más flexibles, más breves y que ofrezcan seguridad jurídica al ciudadano, a las empresas, a la Administración y al sistema en su conjunto. Una sociedad cambiante que busca dar solución a sus conflictos de manera rápida y eficaz, mediante mecanismos que sepan dar respuesta a las realidades sociales.

En el contexto comparado, conviene resaltar por ejemplo, la *Alternative Dispute Resolution Act norteamericana de 1990*, que regula los medios negociales, arbitrales y conciliatorios de resolución de conflictos entre las Agencias administrativas y los ciudadanos; la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana de 1976 que regula el “contrato de Derecho Público” referido a la terminación convencional del procedimiento; o la Ley italiana 241 de 1990 sobre “nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos”<sup>189</sup>. Y así podrían citarse numerosas manifestaciones en el contexto internacional que han propulsado esta nueva realidad y ofrecen un argumentario capaz de incorporar estas fórmulas que abogan por esta posibilidad negocial en el contexto administrativo.

---

<sup>189</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER, J.M., SÁNCHEZ BLANCO, A., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995, pp. 12-13.

Combinando con lo anterior comienza a sugerirse en la doctrina de nuestro país, en primer lugar de forma más significativa por ROSA MORENO<sup>190</sup> y más recientemente por GARCÍA PÉREZ<sup>191</sup>, el papel que pueden llegar a desempeñar los medios alternativos de resolución de conflictos y, especialmente, el arbitraje. El reto en estos años se ha encontrado en la combinación y equilibrio entre la exigencia del principio de legalidad administrativa con la necesidad de consagrar la eficiencia del modelo y a su vez su extensión a quienes exigen y necesitan de esa eficiencia, que son los ciudadanos.

Es innegable que como ya hemos mencionado, la sociedad moderna necesita una Administración competente, eficaz y capaz de dar respuestas ágiles, garantistas y respetuosas con la ciudadanía, olvidando la versión de la Administración como mero instrumento de poder y convirtiéndose en instrumento de los administrados, que necesitan de una Administración que de verdad funcione. El reto reside en mejorar la Administración interna y externamente. No se trata de sustituir lo clásico por lo nuevo, sino de integrar el conjunto de Justicia, hablando de un “nuevo paradigma de Justicia” como ha señalado reiteradamente BARONA VILAR, un nuevo paradigma de Justicia que, como no puede ser de otra manera, se extiende también a la Justicia administrativa, y en ella tienen y deben tener anclaje los medios no jurisdiccionales y especialmente la conciliación, la mediación y el arbitraje<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Vid. ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw Hill, 1998, pp. 16 y ss.

<sup>191</sup> GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 20, entre otras.

<sup>192</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

## II. ADR: ORIGEN Y FUNDAMENTO

En el contexto de la tutela de intereses y la resolución de conflictos administrativos viene consolidándose la idea de que también en el ámbito de las relaciones con la Administración es posible entender aplicables, con sus propias coordenadas, los diversos cauces de las *Alternative Dispute Resolutions* (ADR). Para poder avanzar en el entendimiento de las mismas y su proyección en el ámbito de los conflictos administrativos, se hace necesario efectuar un planteamiento general desde el que adentrarse posteriormente en una delimitación tanto de sus orígenes como de su significado inicial y evolucionado de las ADR. Solo así podremos plantearnos cómo aplicar las coordenadas expuestas a la conflictividad administrativa, en su caso.

### 1. Planteamiento general

En esa exponencial evolución que ha ido experimentando el Derecho administrativo, y a la que nos referimos en el Capítulo primero, se han multiplicado las relaciones jurídicas con la Administración así como los sujetos que en ellas intervienen, y se ha favorecido, indudablemente, como causa-efecto, un crecimiento imparable de los conflictos entre particulares y Administraciones Públicas<sup>193</sup>, y ello tanto en el plano cuantitativo como en el cualitativo, propiciando una complejidad que empaña enormemente

---

<sup>193</sup> Probablemente por esto es por lo que en Alemania se vino a construir en las últimas décadas del siglo XX lo que la doctrina alemana denominó “*la segunda fase del Derecho administrativo*”, en WAHL, R., “Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland”, en *Der Staat*, 38, 1999, pp. 495 y ss. En ella no solo se ve un Derecho Administrativo construido desde un nuevo edificio dogmático jurídico, sino una nueva perspectiva imparable de gestión del mismo, que imprime enormes divergencias respecto del modelo administrativista liberal y social que se asentó en el siglo pasado.

la agilidad y la predictibilidad de las resoluciones que puedan dictarse en sede administrativa y en sede contencioso-administrativa.

Ante este escenario, las soluciones clásicas, desde la inspiración de la construcción dogmática francesa y la posterior influencia de la concepción de Justicia social, han resultado insuficientes, en cantidad y calidad, para ofrecer una verdadera respuesta a la ciudadanía, que cada vez más se muestra insatisfecha y frustrada ante las mismas<sup>194</sup>. Las mismas circunstancias que propiciaron la globalización, así como la propia globalización en sí misma, han incrementado la conflictividad y en muchos casos la especialización o sectorialización de ésta. Como ya hemos señalado en el Capítulo primero, ha surgido lo que se ha denominado el Derecho administrativo global, en el que se incorpora una actividad sin Estado, lo que evidentemente incorpora un paisaje diverso y sobre todo, en palabras de RODRÍGUEZ-ARANA y HERNÁNDEZ G., “*un auténtico reto para la concepción tradicional de la Administración pública concebida en el marco del Derecho Administrativo estatal*”<sup>195</sup>. Es esa visión supraestatal,

---

<sup>194</sup> Estos cambios han alterado las estructuras del Derecho administrativo, las relaciones administrativas, así como los conflictos que pueden derivarse de las mismas y, por ende, también las formas de afrontar la gestión y resolución de los conflictos. Tal como se refiriera la doctrina alemana, se ha producido una verdadera ruptura del edificio dogmático-jurídico, términos a los que se refirió entre otros BAUER, H., “*Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?*”, en *Die Verwaltung Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, vol. 25, 1992, pp. 301 y 302.

<sup>195</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; HERNÁNDEZ G., J., *El derecho Administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, p. 13. Consideran estos autores que esta nueva realidad “*ha generado una comprensible preocupación, pues pese a la clara incidencia de la Administración global en la actividad del Estado –y por ende, en la situación jurídica de sus ciudadanos– su actuación no queda sometida a reglas claras que aseguren la participación ciudadana, la rendición de cuentas y la gobernanza democrática, entre otros principios*”. Este dato ha llevado a gestar una articulación de un conjunto de principios generales que aseguren, en el espacio global, una suerte de control de la Administración, precisamente para evitar el abuso.

la que también formará parte de esta nueva realidad del Derecho administrativo, de las relaciones jurídico-administrativas, de los sujetos en las mismas, y por supuesto de la diversidad conflictual.

Es por ello que la manera de afrontar las respuestas en Derecho administrativo también ha venido cambiando<sup>196</sup>. Y estos cambios no se han ido presentando por sustitución, sino por integración, esto es, se han ido paulatinamente incorporando y favoreciendo nuevos medios y nuevos protagonistas en las posibles soluciones a los conflictos administrativos. En unos casos la solución es estrictamente nacional, si bien en otros, traspasa las fronteras de lo nacional para ofrecer respuestas y protagonistas que no se encuentran limitados y referidos a espacios nacionales, en gran medida derivado de una manera distinta de legislar que ha ido facilitando la aparición de tratados y de organismos internacionales que han propiciado el nacimiento de lo que se ha venido denominando como “ordenamiento global heterogéneo”, en el que muchos de sus componentes son fruto del impulso del denominado *soft law*<sup>197</sup>.

En ese nuevo escenario de Derecho administrativo nacional y global han irrumpido de forma palmaria -y llegando para no irse- las ADR. Probablemente su irrupción en la gestión y resolución de conflictos

---

<sup>196</sup> Como se hiciera igualmente en épocas pasadas. Basta recordar la Historia del siglo XIX y la tensión entre lo judicial y lo gubernativo, que expuso magistralmente SANTA-MARÍA PASTOR, J.A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el Siglo XIX (1812-1845)*, cit.

<sup>197</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; HERNÁNDEZ G., J., *El derecho Administrativo global...*, cit., p. 17. Estos autores consideran: “*Dentro de ese ordenamiento global han surgido tribunales que se encargan de controlar la actuación de la Administración doméstica, con similar sentido al control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Tales organismos judiciales tienen, en el espacio global, una función mixta...uno de esos organismos son los Tribunales Arbitrales, que actúan en el marco del convenio que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).*”

administrativos, como quiera que ocurriera en los demás ámbitos o áreas del ordenamiento, ha sido más real en conflictos sectoriales<sup>198</sup>. No sería realista afirmar que la solución a todos los males se encuentra en la incorporación de las ADR, si bien en la actualidad la explosión de las mismas en los ordenamientos jurídicos y la proliferación de normas, de capacitaciones, de instituciones y de profesionales que se han aproximado e interesado por ellas, ha propiciado también una apertura por parte de la sociedad hacia estos cauces no judiciales ni jurisdiccionales.

Todo ello ha hecho surgir, en palabras de PAREJO ALFONSO “*con pujanza nuevas soluciones*”, de manera tal “*que la vida actual del Estado se caracteriza, pues, por un proceso de radical transformación*”<sup>199</sup>.

Como quiera que tanto la mediación –y/o conciliación– como el arbitraje en el Derecho administrativo vamos a enmarcarlo en sede de ADR, aun cuando tenga orígenes diversos y, como en el caso del arbitraje el origen de la institución se encuentra en el Derecho romano clásico, consideramos interesante referirnos a las ADR, a su origen, su significado y a la proyección que ha alcanzado, especialmente en determinados ámbitos jurídicos como el de la Unión Europea, que impulsan a los Estados a su integración en los ordenamientos, así como a difundir los diversos cauces y muy especialmente la mediación y el arbitraje.

¿Por qué referirnos a la mediación si el presente trabajo se centra en el arbitraje en Derecho administrativo? Básicamente porque ambos son medios alternativos de resolución de conflictos y mientras el arbitraje no

---

<sup>198</sup> Muestra de cuanto decimos es la experiencia del sistema arbitral de inversiones en el contexto del Derecho Administrativo Global.

<sup>199</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, cit., p. 28.

goza de ninguna virtualidad práctica en el ordenamiento administrativo, más allá de las previsiones incorporadas por el legislador, la mediación administrativa se encuentra más avanzada. De ahí la relevancia de referirnos a esta última, tal vez como ejemplo más cercano de incorporación de ADR al Derecho administrativo.

Una aproximación de conceptos resulta de interés a los efectos de poder adentrarnos posteriormente en la mediación administrativa (en este capítulo) y en el arbitraje administrativo (en los dos capítulos restantes).

A todo ello hay que añadir esas soluciones administrativas globales que superan la concepción resolutoria del Estado en sí y que, sin embargo, ofrecen mecanismos de ADR, como sucede con el arbitraje en materia de inversiones, que responde a esa necesidad de equilibrar la Administración y las funciones que desempeña junto a los derechos subjetivos del inversor que son, a la postre, derechos de los ciudadanos frente a la Administración<sup>200</sup>.

Sin embargo, en el Derecho administrativo es esa indisponibilidad a prior de los conflictos que favorece una posición más “conservadora” o inmovilista respecto de la posible incorporación de los ADR.

## **2. Origen y fundamento de las ADR**

Aun cuando en la actualidad la referencia a las ADR supone referirse a los medios no judiciales, ni jurisdiccionales (esto último con excepciones) a través de los cuales se consigue la solución o resolución de

---

<sup>200</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; HERNÁNDEZ G., J., *El derecho Administrativo global...*, cit., p. 20.



conflictos jurídicos, y son siglas consolidadas de forma general en la mayor parte de los países, en algunos se hace referencia a las MASC, las RAC, las TARC, las MESC, los MREC, o incluso MARC<sup>201</sup>.

Así las cosas, es posible encontrar el origen de las ADR en un verdadero impulso o movimiento que surge en Estados Unidos -o quizás habría que afirmar que fue allí donde su proyección y difusión alcanzó una mayor visibilidad mundial-<sup>202</sup> a raíz de una búsqueda de transformar planteamientos y maneras de actuar. Y ello, fue esencialmente debido en un determinado momento marcado por unas coordinadas sociales post-bélicas, a los fuertes movimientos migratorios hacia Estados Unidos, la hambruna, la crisis económica, el aumento de la criminalidad, y un largo etcétera de motivos que avalaron una lucha social contra la discriminación, la desigualdad y la miseria. Si bien fueron factores que desencadenaron movimientos de búsqueda de una “mejora de vida”, también en sede de Justicia supusieron esa necesidad de cambio y de búsqueda de métodos de solución de conflictos a los que pudieran acceder todos los ciudadanos. En este sentido, la discriminación social y de clase propició la aparición de movimientos voluntaristas, de quienes se ofrecían a crear centros o puntos

---

<sup>201</sup> El significado de MASC es el de “medios o métodos alternativos de conflictos”; el de RAC, “resolución alternativa de conflictos”; el de TARC, “técnicas alternativas de resolución de conflictos”; el de MESC, “mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos” el de MREC, “medios de resolución extrajudicial de conflictos” y el de MARC, “medios alternativos de resolución de conflictos”. Puede verse, BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la Institución del Ombudsman*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 71-72.

<sup>202</sup> BARONA VILAR, S., “Fomento de las ADRs en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social), en *Revista Sequència*, núm 51, 2005, pp. 176-177. Esta autora realiza un estudio sobre la evolución de las ADR en Estados Unidos y configura las tres fases en las que se puede ir conformando y desarrollando el movimiento de las ADR en cuanto tal.

vecinales donde a través de las técnicas de mediación se ofrecía un acceso a la Justicia diverso.

Surge así el movimiento de las ADR<sup>203</sup>. Este movimiento se halla intrínsecamente vinculado a la concurrencia de una serie de razones que propiciaron su inesperado desarrollo, como señala TWINING<sup>204</sup>, a saber: 1) El colapso que se había venido produciendo en los órganos jurisdiccionales civiles y penales, que no podían hacer frente a los asuntos que diariamente venían engrosando el quehacer judicial; 2) El sentimiento creciente de que faltaban mecanismos privados de resolución de las controversias, sobre todo cuando de conflictos jurídicos se refiere entre particulares; y 3) La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la Justicia, a través de las plurales vías que pueden desplegarse para la obtención de la misma.

No debe olvidarse que la “Justicia” estatal americana era y es tremendamente costosa y no todos tienen posibilidad de asumir los mismos. Se genera así un abismo de distancia entre quienes pueden tener acceso a los abogados y tribunales americanos y quienes no podían costearlos. Desde el movimiento de libre acceso a la Justicia se buscaba que todos tuvieran la posibilidad de acceder a un medio, cualquiera que éste fuera, que permitiera

---

<sup>203</sup> Seguimos en este punto a BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 47 y ss. Y también, BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C., “ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century”, en *Global Perspectives on ADR* (Carlos Esplugues y Silvia Barona eds), Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 7-9.

<sup>204</sup> TWINING, W., “Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics”, *Modern Law Review*, 1993, p. 380.

efectivamente conseguir una solución al conflicto planteado<sup>205</sup>. Ese movimiento se dirigió a configurar métodos alternativos a los tribunales de Justicia. Como señala BLANCO GARCÍA, “*este movimiento fue interpretado como un movimiento reformista, según el cual todos los obstáculos y dificultades para acceder a una Justicia eficaz debían ser superados a través de la incoación de instituciones y procedimientos eficaces que dieran respuesta a las necesidades de justicia de los ciudadanos*”<sup>206</sup>.

Y esos obstáculos a los que se refiere esta autora son los que CAPPELLETTI<sup>207</sup> agrupó en tres bloques o grupos: 1) el elevado coste económico que supone litigar; 2) la existencia de un problema de naturaleza organizacional, derivada de la complejidad que supone la conformación de los medios que permitan obtener una Justicia eficaz no solo respecto de la tutela de derechos e intereses individuales, sino también respecto de los intereses difusos y colectivos; y 3) coexistencia de un obstáculo procedimental, en cuanto a la falta de adaptabilidad de los procesos judiciales a los nuevos derechos, intereses y necesidades de la sociedad. Son tres obstáculos que, en opinión de CAPPELLETTI, van a propiciar el movimiento del acceso a la Justicia y sobre todo sus diversos estadios<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 49. Como señala esta autora, este movimiento de libre acceso a la Justicia se va a dirigir a “*la búsqueda de alternativas a los tribunales, alternativas muchas de ellas que, por otra parte, no son en absoluto nuevas*”.

<sup>206</sup> BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la Institución del Ombudsman*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 74.

<sup>207</sup> CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide Access to Justice Movement”, en *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 283-284.

<sup>208</sup> CAPPELLETTI hablaba de las tres *waves*. La primera en 1965, fruto muy probablemente del desarrollo institucional y normativa de la *legal aid* o asistencia jurídica; la segunda, se produce cuando se reivindica la incorporación de la *representation of diffuse interests* o la defensa de intereses colectivos o difusos; y la tercera, que se dirige hacia la búsqueda de procedimientos menos formales y alternativos a los procesos judiciales.

Entre estos medios emergió de forma absolutamente vertiginosa la mediación. En gran medida se desarrolló a través de la constitución de centros o núcleos vecinales, dirigidos por personas que con voluntarismo asumían la tarea de colaborar y cooperar con quienes no tenían otras opciones en la solución de sus conflictos. Era una forma de ofrecer respuesta a quienes, por motivos económicos, no podían afrontar los costos de la Justicia estatalmente configurada. Es por ello que en este movimiento se puede ubicar en gran medida y en esencia algunos de los elementos que propiciaron el fomento de las técnicas mediadoras, como germen de la que posteriormente iría convirtiéndose en una técnica consolidada en el modelo de Justicia americano. Sobre esta institución volveremos posteriormente.

Ahora bien, estas actuaciones no son el germen de las ADR como movimiento. Son, eso sí, un elemento más en ese conjunto de circunstancias que confluyeron en un momento determinado en los Estados Unidos y dieron lugar a ese tímido, pero imparable cambio del modelo de Justicia americano. Ofrecían una mirada diversa, una respuesta no estatal y con unos protagonistas que no estaban integrados en el modelo de Justicia paradigmático.

Concurrieron una suerte de circunstancias que afectaron en un determinado momento histórico y que propiciaron lo que podríamos considerar como un punto de inflexión, a saber, los acontecimientos producidos en los Estados Unidos tras el famoso 24 de octubre de 1929, denominado “jueves negro”; fecha fatídica en la que se ubica la erupción de la gran crisis económica mundial del siglo XX y la depresión de los años treinta. La crisis económica

---

Puede verse, CAPPELLETTI, M; GARTH, B., “Access to Justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective”, en *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978, pp. 197-227.

desencadenó a su vez, una gran inestabilidad social, laboral y económica, favoreciendo la conflictividad y en ciertos momentos la criminalidad<sup>209</sup>.

Desde ese crecimiento exponencial de los conflictos sociales la necesidad de buscar nuevos medios de resolver sus conflictos y la búsqueda de una ansiada desconflictividad de la sociedad fue encajando una labor inicialmente voluntarista –a la que nos hemos referido- en un paulatino desarrollo protocolario y científico –inicialmente debido a la Escuela de Harvard- que construyó las bases de este movimiento de las ADR, no ya solo como movimiento social, sino también científico. Ello fue exigiendo paulatinamente una profesionalización de sus protagonistas, que encajó a la perfección en el modelo americano de Justicia ya bien avanzado el siglo XX.

Las experiencias desarrolladas desde hacía varias décadas arrojaban resultados altamente satisfactorios para integrar los métodos ADR en el modelo estatal de Justicia. De ahí que la extensión del movimiento ADR es hoy total, coexistiendo con –y complementando cada vez más- el recurso a los tribunales estatales. Estas ideas se fueron poco a poco acuñando a lo largo del siglo XX, con una clara idea de pretensión de desconflictivización del conflicto, asumiendo como filosofía el “*pensar en términos de manejar conflictos mejor que resolverlos*”<sup>210</sup>, fomentándose cauces que se inspiran en el concepto de

---

<sup>209</sup> Precisamente, resulta interesante observar cómo uno de los sectores desde el que se alcanzó una importante progresión especialmente las técnicas de la mediación fue en materia penitenciaria, donde la población se había multiplicado y con ello el crecimiento de conflictos en sede penitenciaria también lo hizo, tanto entre presos entre sí como entre presos y la misma administración penitenciaria.

<sup>210</sup> FISHER, R., *Más allá de Maquiavelo (Herramientas para afrontar conflictos)*, Buenos Aires, Ed. Garnica, 1996, p. 21. Este autor insiste en que “*manejar un conflicto implica tener en cuenta la manera en que la gente siente y piensa. En cualquier conflicto cada uno piensa y siente diferente, y la cuestión no es quién tiene las percepciones “verdaderas” y quién las “falsas”. Aportar las bases para manejar un conflicto implica desagregar las percepciones de todos los involucrados –las nuestras tanto como las de*

paz social, y dando lugar al movimiento que los americanos<sup>211</sup> bautizaron como ADR (*Alternative Dispute Resolution*)<sup>212</sup>.

Insistimos, sin embargo, que, si bien el movimiento ADR tiene un ADN angloamericano, no se puede afirmar, por ello, que la mediación o el arbitraje como algunas de sus fórmulas de solución o resolución de conflictos de ese movimiento ADR, sean un producto “made in USA”.

Las primeras décadas del siglo XX presentaron componentes en los Estados Unidos que favorecían estas respuestas no judiciales ni jurisdiccionales.

El paso de los años, la integración de los métodos diversos que pueden incorporarse a las ADR y la profusión alcanzada no solo en los sistemas de *common law*, sino también en los de corte continental, han ido mostrando una cara bien diversa de las mismas, esto es, mostrándose como aquellos medios o cauces que tratan de mejorar ese acceso de los ciudadanos a la Justicia.

No en vano, el transcurso del tiempo fue propiciando un debate interesante en sede judicial<sup>213</sup>, al analizar las causas de este descontento

---

*los demás-, entenderlas y estar plenamente en contacto con ellas. Cuanto mejor entendamos cómo ve las cosas la gente, tanto más podremos cambiarlas. No hay una única fórmula mágica para lograr comprender. Lleva un poco de tiempo y esfuerzo.” (p.44)*

<sup>211</sup> Aun cuando los americanos fueron quienes generaron el impulso como movimiento y quizás fueron los que más lo dieron a conocer, no fueron, empero, los “creadores” de muchas de sus formas o vías, por cuanto países como Australia, Nueva Zelanda, Canadá, también ofrecían modalidades que han significado importantes aportes al desarrollo y consolidación de estas vías no judiciales ni jurisdiccionales de solución y gestión de los conflictos.

<sup>212</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos....*, cit., pp. 47 y ss.

<sup>213</sup> Uno de los pioneros fue Warren E. Burger, magistrado del Tribunal Supremo americano, quien en 1976 convocó la que se denominó “Conference Pound”, para analizar las causas del descontento de los ciudadanos ante la Justicia. Participaron representantes de diversos estamentos y foros interesados, incluidos jueces, quienes coincidían en el peligro que estaba suponiendo ya a mediados de los setenta el aumento cuantitativo y cualitativo de litigios. Uno de los puntos de debate era precisamente el fenómeno social que se había generado hacia un cambio de mentalidad y de cultura de la solución de los

social y de la inoperancia de la Justicia ante las pretensiones de los ciudadanos. Se generó poco a poco una gran sensibilización de los mismos tribunales hacia los programas de ADR que fueron incorporando. Estos programas se vieron impulsados con la modificación en Estados Unidos en 1983 de las *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>214</sup>, que ya en la Rule 16 (C) incorporaba el uso de los procedimientos extrajudiciales de resolución de disputas, llevando a la aprobación en 1990 de la Ley de Reforma de la Justicia Civil, en la que se instaba a los juzgados de distrito federales a elaborar sus propios planes para disminuir los gastos y retrasos en el desarrollo de los procesos civiles y a incluir programas de ADR<sup>215</sup>, allá donde la materia y las circunstancias lo permitieren<sup>216</sup>, surgiendo los denominados *court-annexed-programs*.

Se produjo una sucesiva proliferación legislativa favorable a las ADR, alcanzando incluso la sede administrativa, aprobándose la ya citada *Administrative Dispute resolution Act de 1990* y el complemento de la *Civil Rights Act of 1991*, considerando como piezas del sistema las resoluciones alternativas de las disputas<sup>217</sup>. Esta Ley de 1990 obligaba a todos los organismos federales a desarrollar políticas que pasaban por incorporar instrumentos de ADR para la solución de los conflictos con la

---

conflictos, derivado de la proliferación de medios no jurisdiccionales de conflictos así como la aparición de nuevos profesionales e instituciones dispuestos a usarlos. Puede verse, SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en el ámbito empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 20, y BURGER, W.E., "Isn't There a Better Way?", *68 ABA Journal* 274, marzo de 1982.

<sup>214</sup> KAUFMAN, I.R., "Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts", (1990), *LIX Fordham Law Review* 1, p. 9.

<sup>215</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 59.

<sup>216</sup> KAUFMAN, I.R., "Reform for a System in Crisis...", cit., pp. 7 y 10.

<sup>217</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 60.

Administración, designando profesionales de las ADR y obviamente también adoptando cuantos medios fueren necesarios para garantizar la formación de quienes intervinieren en las mismas. Tanto esta norma de 1990 como un decreto posterior de 1991 establecieron la obligatoriedad de que los organismos federales utilizaran la negociación o la intervención de un tercero cuando fuere procedente y que el gobierno federal se implicare en un determinado conflicto, de manera que se favoreció que muchos organismos aplicaran las ADR para negociar con los empleados, los contribuyentes, las empresas y los contratistas<sup>218</sup>. Y continuaron dictándose normas que favorecían especialmente la negociación, las técnicas de aproximación, los métodos consensuadores, dirigidos en muchos casos a aprobar precisamente lo que vino a denominarse como la “reglamentación negociada”, participando representantes de los grupos de intereses opuestos, pertenecientes a organizaciones industriales, de consumidores y de medio ambiente, y los organismos involucrados en el tema, como señala SINGER<sup>219</sup>, quien precisamente hace referencia a un supuesto muy concreto: “*El comité negociador que tuvo que establecer las multas que debían pagar los fabricantes de motores diesel por violar la Ley de No Contaminación del Aire estaba formado por representantes de los fabricantes, agentes e importadores de los motores diesel, especialistas en medio ambiente, organismos estatales, la Environmental Protection Agency, EPA (Dirección de Protección del Medio Ambiente) y la Office of Management and Budget (Oficina de Administración y Presupuesto)*”.

---

<sup>218</sup> SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en el ámbito empresarial, familiar y legal*, cit., p. 23.

<sup>219</sup> SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en el ámbito empresarial, familiar y legal*, cit., pp. 23-24.



A partir de estos hitos legislativos la incorporación de las ADR en el modelo americano fue una realidad –tanto en cuanto a la gestión de las relaciones como a la solución de los conflictos<sup>220</sup>–, sin vuelta atrás, y su devenir no ha supuesto un punto aislado en el mundo sino que se ha proyectado y expandido alcanzando de forma similar a otros países del modelo de *common law* que, incluso cabe decir que en algunos ámbitos del Derecho fueron más avanzados que los americanos, como por ejemplo, Canadá<sup>221</sup>, Nueva Zelanda<sup>222</sup>, Australia<sup>223</sup>, o algún país asiático, aun cuando en éstos formaban parte de su idiosincrasia y de su propia cultura<sup>224</sup>. Es también posible considerar que se ha visto un cierto paralelismo en sus orígenes con ciertos grupos religiosos e incluso étnicos de inmigrantes, que resolvían sus diferencias a través de estos métodos de mediación en los que los ministros, jefes o ancianos actuaban como directores de los mismos. En este sentido, las doctrinas de Confucio fueron especialmente apropiadas para justificar estos métodos pacificadores y se ha llegado a afirmar que la incorporación de la mediación planteada y

---

<sup>220</sup> En palabras de BARONA VILAR, “*se pretende la consolidación de mecanismos que traten de poner fin a los conflictos, buscando una solución al ya generado, evitando que el conflicto se agrande o, incluso, en ciertos casos, evitando que surja realmente el mismo*”, en BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>221</sup> LANDERKIN, H.F., PIRIE, A.J., “What’s the Issue? Judicial Dispute Resolution in Canada” (2004) *22 Law in Contexts*, pp. 25, 26, 27 y 31.

<sup>222</sup> [www.justice.govt.nz/publications/global-publications/a/alternative-dispute-resolution-general-civil-cases/6-adr-and-the-courts-system#6.2](http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/a/alternative-dispute-resolution-general-civil-cases/6-adr-and-the-courts-system#6.2)

<sup>223</sup> MACK, K., “Court Referral to ADR: The Legal Framework in Australia” (2004) *22 Law in Contexts* 112, 112-113.

<sup>224</sup> Sobre estas reflexiones en general puede verse, BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C., “ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century”, cit., p. 9.

desarrollada en las comunidades chinas se produce en Estados Unidos debido al movimiento migratorio masivo que desde China se produjo a los Estados Unidos, durante la última mitad del siglo XIX<sup>225</sup>.

Aun cuando puede considerarse que el impulso espectacular de este movimiento de las ADR se ubica esencialmente en los sistemas jurídicos anglosajones, no ha sido óbice para que las ADR hayan ido adentrándose de forma imparable y constante en otros sistemas jurídicos de la más variada naturaleza. Ciertamente, es indudable que la aceptación inicial y la posterior incorporación de los medios ADR en el modelo continental ha sido más pausada y ha debido hacer frente a obstáculos ideológicos, dogmáticos y estructurales. Pero es una realidad que en la actual se han superado las barreras y se ha fomentado desde sedes nacionales, supranacionales e internacionales, la aceptación, incorporación e integración de las ADR en el mundo de la Justicia.

Ahora bien, parece que su penetración en los ordenamientos jurídicos nacionales y en las realidades supranacionales ha propiciado una transformación de la propia Justicia, un elemento más de ese nuevo paradigma de Justicia al que se refiere BARONA VILAR<sup>226</sup>. Coexiste una mirada diversa, unos protagonistas distintos, unas técnicas mucho más ágiles y flexibles, y una viabilidad de enlazar diversos métodos, incluso con el judicial y jurisdiccional, en el mismo entramado conflictivo, obviamente de manera sucesiva. A esta nueva realidad nos vamos a referir a continuación.

---

<sup>225</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 55.

<sup>226</sup> BARONA VILAR, S., "Justicia Integral y *Access to Justice*. Crisis y evolución de paradigma", cit., especialmente pp. 41 y ss.

### **III. CONSOLIDACIÓN DE LAS ADR EN EL SIGLO XXI: NUEVA REALIDAD, NUEVO PARADIGMA EN LA JUSTICIA**

Hasta aquí hemos venido exponiendo cuál fue el origen de las ADR, pero lo cierto es que ese movimiento generó una manera de concebir las relaciones y sobre todo una manera de afrontar las diferencias que, como consecuencia de estas relaciones jurídicas cada vez mayores y complejas, se reclamaban por parte de la sociedad.

Y hemos asistido igualmente a la evolución de las ADR, que ha venido marcada por varias coordenadas: en primer lugar, la conversión de alternatidad en complementariedad en muchos casos de estos métodos; en segundo lugar, en la expansión de las ADR a sectores y ámbitos en los que inicialmente no parecía muy factible su aplicabilidad; en tercer lugar, se ha producido una explosión normativa que las acoge, las impulsa y las incorpora en los ordenamientos jurídicos. Podemos por tanto, referirnos a lo que en palabras de BARONA VILAR<sup>227</sup> es una “crisis del paradigma de la Justicia clásica”, concebida desde los parámetros de la Revolución francesa y consolidada en el marco de una Justicia social en el siglo pasado, en cuyo escenario se representan las ADR, ofreciendo una manera distinta de resolución de los conflictos.

---

<sup>227</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución de paradigma”, cit., pp. 45-51.

## **1. Punto de partida: el Estado y sus órganos, protagonistas de la Justicia**

Hablar de la Justicia en sentido moderno supuso identificar la misma con el Estado y con la aparición del control por parte de éste de quién y de cómo resolver los conflictos entre los miembros de la sociedad. De este modo, tanto más los intereses fueren particulares o privados, más posibilidades de que los sujetos en conflicto tuvieran mayor disponibilidad para decidir qué hacer, a quién ir o incluso cambiar de parecer y abandonar la vía iniciada. Esto es, los intereses privados ofrecen respuestas desde la disponibilidad y en los intereses públicos, precisamente la tutela del orden público es la que va a condicionar el mayor o menor grado de esa disponibilidad.

El paso de los años y especialmente desde el punto de inflexión en la sociedad moderna que supuso la Revolución francesa ha marcado una “manera” de presentar, asumir y otorgar tutela a los ciudadanos diferente a la que la Historia jurídica había presenciado. Era indudable que el modelo de Estado cambiaba y el mundo de la Justicia se incorporaba a esa nueva visión del Estado o, si se quiere, la Justicia venía a ser importante para el Estado, quien asumía un rol esencial en la regulación de la misma. Se presentaba así, un modelo de Justicia “público”, controlado desde el poder político, que se ofrecía como garantía para el ciudadano. Obviamente confluían dos ideas simultáneamente: por un lado, este modelo se presentaba como la garantía de los individuos, el interés del Estado por ellas, por cuidar de su bienestar y de conseguir una protección adecuada de sus derechos; pero, por otro, era innegablemente un modelo de control, el Estado controlaba a través de los procesos, de sus normas, de sus medios y de quiénes en ellos intervenían, que la paz social quedara consolidada, lo que inevitablemente conllevaba cierto tinte ideológico. Ambos elementos convivían amistosamente, respondiendo

políticamente desde esas líneas configuradas legalmente que consagraban la Justicia en el siglo XIX y que fueron poco a poco convirtiéndose en el modelo paradigmático de Justicia que ha presidido el siglo XX con una larga trayectoria y una respuesta política de aquiescencia por el mismo.

Si se ha hablado en la doctrina de “paradigma de Justicia”, como hace BARONA VILAR, es para referirse al estándar de Justicia, asentado en unos principios comunes, fruto de un determinado contexto histórico, en el que el Estado *“asume el papel protagónico de la Justicia. El Estado es quien controla, dirige y determina qué es, cómo se otorga y qué garantías existen en torno a la Justicia. La concepción ideológica que ha venido consagrándose a lo largo de los Siglos, con un modelo político fuerte, y que con vaivenes de un mayor o menor protagonismo del individuo respecto de la sociedad, ha llevado a consagrar un paradigma de Justicia, en el que el Estado (en una nación) ha configurado, por un lado, constitucionalmente el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a la tutela; por otro, legalmente, ha conformado las estructuras de tutela a través de la organización jurisdiccional así como a través de la regulación del instrumento adecuado para alcanzar dicha tutela –las normas procesales–”*<sup>228</sup>.

De este modo, la conquista de la civilización fue la de la consagración de la Justicia entendida desde parámetros de garantía, dirigida, intervenida y presupuestada por el Estado, quien no solo asume políticamente su control sino que se responsabiliza de que funcione, esto es, configura quienes son los que deberán desarrollar la función de tutela o protección, a través de quienes

---

<sup>228</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución de paradigma”, cit., p. 43.

se llevará a cabo esta misión y sobre todo regula los procesos y los procedimientos a través de los cuales va a desempeñarse la misma.

Puede decirse que el modelo de Justicia con tribunales –fueren éstos populares o profesionalizados- y procesos, diseñado, controlado, dirigido y financiado por el Estado, responde al modelo estandarizado de Justicia en la era de la modernidad, siendo, por esta razón, considerado como el paradigma de la Justicia hasta el momento, que se ha hallado presente durante una larga etapa de nuestra Historia, y esencialmente en los siglos XIX y XX.

## **2. Aparición de las ADR y su implicación en el modelo de Justicia del siglo XXI**

La aparición de las ADR, como se expuso *supra*, no fue sino el resultado de una evolución que, afectando a todos los ámbitos de la vida, dio origen a esta nueva manera de resolver conflictos. Y de ese movimiento surgieron maneras de afrontar los diversos conflictos que podían presentarse en las relaciones sociales. Muchos fueron los factores desencadenantes de su aparición, y otros muchos, los factores que poco a poco han ido favoreciendo su penetración en los ordenamientos jurídicos.

En estos momentos hablar de ADR es hablar de una realidad de Justicia que ya nadie discute. Se han convertido no en medios alternativos, ajenos al Estado, ajenos al sistema, a los parámetros estandarizados de Justicia, sino en piezas de ese modelo de Justicia a que se refiere BARONA VILAR cuando habla de “*cambio de paradigma*”<sup>229</sup> o de “*Justicia integral*”<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución de paradigma”, cit., pp. 48-49.

<sup>230</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice...”, cit., p. 54.

Así, como señala esta autora, el cambio de paradigma implica una alteración de los viejos postulados de Justicia que habían vivido aferrados solo y exclusivamente a “lo público”, “al Estado”, “a lo nacional, y rara vez han excedido de las fronteras nacionales. Una ráfaga de globalización expansiva ha alterado los parámetros de la Justicia (...). Vivimos en una sociedad cada vez más compleja. Si la revolución industrial del Siglo XVIII y XIX se desarrolló dejando incólume a amplias capas de la sociedad, la revolución tecnológica del XX y XXI, con sus crisis incluidas (ideológicas y económicas) afecta a todas las capas y ámbitos sociales, alterando sus bases, generando nuevas realidades jurídicas y, con ellos, nuevos tipos de litigiosidad (...). El ciudadano se ve involucrado en esas realidades novedosas y reclama sus derechos –también el de tutela efectiva-; los Estados tratan de ofrecer respuestas a unas expectativas que son cada vez mayores en cantidad y calidad; y las instituciones supranacionales, fruto de los movimientos interregionales, presionan para alcanzar soluciones armonizadas y que respondan a la idea de “eficiencia”(...)”<sup>231</sup>.

Y continúa esta autora afirmando que “podría decirse que todo está transformado o que la Justicia ha sufrido una metamorfosis producto de una necesidad de cambio, de un replanteamiento mucho menos local más global, diríase que glocalizada, con aplicación en lo local de lo pensado globalmente (...)”<sup>232</sup>.

En ese nuevo paisaje o escenario que se presenta de la Justicia las ADR juegan un rol protagonista, y lo juegan en la medida en que no solo están, sino que conviven con el viejo modelo de Justicia representada e identificada con

---

<sup>231</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice...”, cit., p. 49.

<sup>232</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice...”, cit., p. 50.

los tribunales de Justicia. En ocasiones estas vías o métodos ADR son complemento perfecto de los procesos judiciales y de los tribunales de Justicia, ya que permiten solucionar el problema sin acudir a los mismos o incluso evitar el conflicto; en otros casos, son medios alternativos de manera que acudir a uno de ellos implica la renuncia a los otros; de ahí que se hable de las ADR no ya tanto como “alternativas” sino como medios “adecuados” –que pueden ser alternativos o complementarios a los tribunales y al proceso judicial.

Por todo ello, siguiendo igualmente a BARONA VILAR, este nuevo paradigma de Justicia nos lleva a hablar de una “*Justicia integral*”. Se habla de integral o de integrada porque permite la convivencia del sistema judicial en su conjunto (procesos y tribunales) con medios complementarios, abrigando una posibilidad de lo que esta autora denomina como “*la idea de justicia compartida*”. Y es desde ella donde se incorpora progresivamente ese nuevo paradigma de justicia que ofrece un nuevo concepto de *Access to Justice*, en el que se ofrece lo que se ha denominado “*The multi-rooms Justice-System*”<sup>233</sup>, un modelo en el que las ADR y la Jurisdicción coexisten como mecanismos complementarios de tutela de los ciudadanos, incluyendo los medios “*out of Court*” (algo ajeno y fuera de los tribunales) o, por el contrario, “*in Court*”<sup>234</sup>.

La realidad actual es por ello la de la convivencia la vía jurisdiccional, con otros medios no judiciales ni jurisdiccionales. Ahora bien, en Europa la incorporación y asentamiento de las ADR ha sido notablemente más lento que

---

<sup>233</sup> Para su desarrollo puede verse BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C., “ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century”, cit., pp. 9-10. Emplean esta denominación de Justicia *in many rooms* TROCKER, N., DE LUCA, A., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, 2011, p. IX (Presentazione).

<sup>234</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución de paradigma”, cit., pp. 54-55.



en Estados Unidos o en otros países ya mencionados como Canadá o Australia. Y, en todo caso, esa incorporación ha venido en gran medida impulsada desde movimientos interregionales e internacionales. Es más, su incorporación no ha sido general y a todos los ámbitos y conflictos, sino que ha ido adquiriendo cierto protagonismo de forma discontinua y sectorial.

Por poner un ejemplo significativo en el ámbito del comercio internacional, el papel de un organismo internacional como la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha sido esencial para extender la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional en junio 1985<sup>235</sup> así como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002.

Y más destacable aun si cabe, ha sido el enorme impulso producido desde la Unión Europea desde hace varias décadas. Se ha recomendado en unos casos, y en otros se ha propulsado la incorporación de instrumentos ADR, favoreciendo con ello la consecución de dos objetivos: por un lado, que existan plurales medios de solución de conflictos, que permiten la adaptabilidad al tipo de conflicto y a los sujetos que se hallan en el mismo; y, por otro, favorecer una reducción de los costes<sup>236</sup> que para los Estados comporta lo que OLSON denominó en 1990, aun referido a la situación en Estados Unidos,

---

<sup>235</sup> La labor de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para la unificación del derecho mercantil internacional), que aprobó la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional en 1985, fue fundamental en la propulsión del arbitraje comercial internacional y del arbitraje común en la mayor parte de los países del mundo que han asumido esta norma *soft* o modelo. No es un acto instantáneo en el tiempo sino que se creó un grupo de trabajo (n. II) que ha continuado trabajando en este sector, introduciendo modificaciones a la norma, como la que se aprobó el 7 de julio de 2006, que afectó fundamentalmente a la regulación de las medidas cautelares y del convenio arbitral. Puede verse, [www.uncitral.org/uncitral/uncitral\\_texts/arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration.html).

<sup>236</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución de paradigma”, cit., p. 53.

“*litigation explosion*”<sup>237</sup>. Ese impulso desde la Unión Europea de las ADR (y en la actualidad también ODR) ha venido referido a determinados sectores, entre los que pueden citarse de manera específica aquellos referidos a los conflictos en el Derecho de familia, en menores, en la tutela de la víctima<sup>238</sup>, en materia de consumo<sup>239</sup> y de forma muy significativa destaca la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva 2008/52/CE), que supuso una exigencia para los Estados miembros la incorporación de normas que regularan la mediación (o conciliación) en asuntos civiles y mercantiles<sup>240</sup>, a partir de la cual se ha producido un avance

---

<sup>237</sup> OLSON, W.K., *The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, Dutton, 1991.

<sup>238</sup> Los instrumentos que se fueron aprobado favorecedores de la incorporación de procedimientos de conciliación, mediación en el ámbito penal desde la Recomendación núm R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho Penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985 no han cesado. Quizás los más significativos han sido los últimos referidos a las víctimas de forma específica, Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (art. 10, mediación); Recomendación núm (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de las infracciones criminales, que igualmente se refiere a la mediación. Sobre estos temas, BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit.

<sup>239</sup> Específicamente en materia de consumo fueron sucediéndose desde el Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la Justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único hasta la actualidad, en la que no solo se propulsan las ADR sino también las ODR (*on line dispute resolution*). Puede verse, PALAO MORENO, G; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (Ed), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; BLANCO GARCÍA, A.I., “De las ADR a las ODR en los conflictos de consumidores bancarios”, en BARONA VILAR, S., (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016 pp. 147-170; y CATALÁN CHAMORRO, M.J., “Nueva realidad española y europea en la resolución extrajurisdiccional de conflictos en consumo: ADR y ODR”, en BARONA VILAR, S., (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 171-196.

<sup>240</sup> Puede verse, BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., 2013. ESPLUGUES MOTA, C; BARONA VILAR, S., *Global Perspectives on ADR*, cit., 2014; BARONA VILAR, S., *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, cit., 2016. En ellos se recoge la integración de la mediación civil y mercantil tanto en España como en Europa y la proyección que la misma está

importantísimo en cuanto a la incorporación de este instrumento mediador con carácter general en Europa para la solución de los conflictos civiles y mercantiles.

Atendidos los exponentes anteriores podríamos considerar que en estos momentos el estadio que presentan las ADR es claro: hay una profusión de normas que han incorporado ADR en la solución de determinados conflictos sectoriales, pero que sobre todo han permitido favorecer y rediseñar un modelo mediador que supone una ruptura del viejo modelo conciliatorio, en el que el conciliador no tenía capacitación para serlo y que se asumía como el escalón previo al desarrollo del proceso judicial, sin demasiadas expectativas de efectividad. Es el momento de la fascinación por la mediación; una fascinación que lleva a que no solo las normas regulan la mediación, sino que haya emergido una suerte de profesión nueva que desempeña esas tareas de mediación.

Pero no solo, también hemos visto reformularse las normas sobre arbitraje, tratando de generar una homogeneidad normativa entre la mayor parte de los países en aras de favorecer el instrumento arbitral como una vía útil en determinados sectores concretos y específicos y que, en absoluto, tiene vocación de sustitución –numéricamente hablando– de la vía judicial.

Es más, a ese impulso legislativo y normativo, en torno esencialmente a la mediación y al arbitraje, hemos presenciado una nueva incorporación: las TICs, las tecnologías de la comunicación, que han alcanzado también a estos

---

teniendo. Especialmente interesante en esta última obra es la aportación de AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, pp. 103-117, en el que se valora igualmente no ya la existencia normativa sino la proyección real y práctica que la mediación está teniendo en Europa en la resolución de conflictos civiles y mercantiles.

instrumentos ADR, tanto en su desarrollo parcial (podría servir para aportar documentos electrónicos, comunicarse a través de videoconferencias, etc.) como para entenderse posible la impronta de lo que ya hemos citado anteriormente como la aparición de los métodos on line, a saber, los *ODR (on line dispute resolution)*, que ofrecen unos medios que se desarrollan en línea, con elementos que pueden ser atractivos, como el sentido de plazos o términos, la flexibilidad, la innecesariedad de la presencia física y la posibilidad de llevarse a cabo en tiempo real y desde diversos lugares del planeta.

Ese momento de “fascinación” por las ADR o los ODR no ha encontrado, sin embargo, resultados que en la actualidad puedan concluir la operatividad y sobre todo la eficiencia, de este nuevo modelo integral de Justicia. Probablemente queda mucho recorrido por realizar y faltan medios que permitan difundir entre los ciudadanos las bondades y también las posibles maldades –consecuencias jurídicas derivadas de los mismos- del sistema ADR-ODR, así como se carece de una mayor cultura ADR-ODR por parte de los operadores jurídicos, económicos y sociales.

Y en ese capítulo de lagunas durante algún tiempo también se aludió a la necesidad de excluir estas ADR de los ámbitos de conflicto con la Administración o si se quiere de los propios conflictos administrativos, argumentándose la imposibilidad de consensuar, o de adoptar pactos o acuerdos cuando uno de los sujetos en conflicto es la Administración. Sin embargo, en este punto la situación actual ha superado con mucho esos argumentos iniciales, muy probablemente porque como sucede en todos los demás ámbitos del Derecho, no existe una solución única que permita afirmar que todos los conflictos posibles de esa parcela del ordenamiento jurídico pueden o no ser resueltos a través de las ADR-ODR. El necesario diagnóstico del tipo de conflicto, de los sujetos en conflicto, de las consecuencias jurídicas derivadas de

la solución del mismo de forma consensuada y de los requisitos necesarios para poder formular efectivamente un acuerdo entre las partes, serán imprescindibles para valorar si lo más adecuado es tratar de alcanzar un pacto o un acuerdo a través de métodos como la negociación, la conciliación, la mediación, o por el contrario si es posible acudir a un arbitraje –porque la ley lo permite- o necesariamente se trata de una materia que solo y exclusivamente puede resolverse a través de una sentencia judicial.

Con el fin de poder desarrollar la viabilidad especialmente de estos métodos ADR (o su forma de realizarlos ODR), nos parece de interés establecer, y así lo hacemos en las páginas siguientes, una caracterización de algunos de estos medios o cauces ADR, haciendo especial referencia a la que se ha convertido en estos momentos en la vía más moderna y popular en el desarrollo de las ADR, que es la mediación, sin perjuicio de que dedicaremos los capítulos siguientes al desarrollo específico del arbitraje en el marco del Derecho administrativo, cuya realidad es innegable, siquiera lo sea de forma sectorial.

#### **IV. NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN**

Incorporamos los tres instrumentos, negociación, mediación y conciliación, con el fin de delimitar estos métodos autocompositivos de búsqueda de la solución al conflicto, si bien difieren en la función que se desempeña por quienes gestionan o trabajan el conflicto, ya sean los negociadores (sean las mismas partes o terceros que actúan por ellas), los mediadores o los conciliadores. La función de éstos y la intensidad en su actuación van a ser clave para diferenciar los diversos métodos que pueden emplearse.

## 1. Reflexión previa: autocomposición versus heterocomposición

El análisis de la negociación, la conciliación y la mediación, como medios o vías para poder alcanzar la solución a los conflictos suscitados, y su incardinación en una categoría propia a la que en su día CARNELLUTTI<sup>241</sup> calificó de “autocomposición”, asumida en la doctrina española por ALCALÁ ZAMORA<sup>242</sup>, nos lleva a diferenciar dos maneras de conformar la tutela de los ciudadanos<sup>243</sup>: la autocomposición y la heterocomposición<sup>244</sup>. Se trata de dos maneras de actuar, con protagonistas diversos o si cabe con funciones distintas tanto de los propios sujetos implicados en el conflicto de intereses como de los posibles terceros que pudieren intervenir en el mismo.

¿Por qué acudir a uno u otro? ¿De qué va a depender y por qué? La respuesta a estas cuestiones se halla en la naturaleza de los intereses que están en juego cuando se suscita el conflicto. No todo conflicto, por afectar a personas concretas, es totalmente disponible por éstas, es decir, habrá supuestos en los que se establecen restricciones o privaciones de la capacidad del ciudadano para poder gestionar libremente sus conflictos, de manera que existirá

---

<sup>241</sup> CARNELLUTTI, F., *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Padova, 1936, núm 55.

<sup>242</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Primera reimposición, 2000, pp. 73 y ss y p. 103 y ss.

<sup>243</sup> También en la doctrina alemana ROSENBERG, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*, Berlin, 1929, pp. 416-418 se refería a las manifestaciones de la autocomposición que más bien las circunscribía a las formas de terminación del proceso por disposición de las partes.

<sup>244</sup> Aun cuando estos autores en la doctrina procesal del siglo XX mantuvieran esos conceptos, el significado que se da en este capítulo no es estrictamente el que mantuvieron los mismos, sino que se acerca más al defendido por BARONA VILAR, s., en numerosas obras, destacando especialmente *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012...*, cit., pp. 55 y 56.

un nudo relacional entre el conflicto y los intereses públicos o privados que queden afectados. Así las cosas, es posible distinguir distintos escenarios.

### ***1.1 Posición pasiva de quienes se encuentran afectados por el conflicto***

En primer lugar, podríamos considerar que la primera opción con la que se van a encontrar quienes se enfrentan a un conflicto es la de asumir una posición pasiva o inactiva ante sus diferencias, lo que comporta una no reacción ante el mismo ni una búsqueda de una solución que permita resolverlo. Ello implica que el conflicto continuará por inactividad de las partes en la búsqueda de una solución adecuada al mismo<sup>245</sup>. Se trata de aquellos supuestos en los que no existe órgano público que vaya actuar o impulsar una petición de tutela (como sucede cuando se ha cometido un hecho delictivo o cuando es la Administración la que insta el procedimiento); en esos casos, los intereses particulares llevan a que, si no se actúa a instancia de parte, mantener una actitud pasiva es perfectamente asumible.

### ***1.2 Autocomposición entre las partes, sin intervención de tercero***

En segundo lugar, dadas las coordenadas anteriores y siendo posible resolver las disputas entre quienes se encuentran en conflicto, cabría la posibilidad de que las partes actúen de forma autocompositiva e inter partes, sin ayuda de un tercero, dado que son los mismos sujetos en conflicto los que tratarán de llegar a transacciones, acuerdos o pactos, que permitan reducir el

---

<sup>245</sup> BARONA VILAR, S., “Qué y por qué la mediación”, en ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E. (Coords.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Madrid, Ed. Difusión Jurídica, 2013, p. 24.

conflicto, o llegar a resolverlo. Esa vía autocompositiva no exige que intervenga tercero alguno, aunque como veremos a continuación no lo prohíbe, si bien en este escenario son las mismas partes las que darán, cederán, consensuarán, alcanzando un acuerdo. El supuesto más claro que ha encontrado fundamento jurídico en nuestra Historia ha sido la transacción, tanto la que se producía fuera del proceso como aquella que se producía estando un proceso pendiente, con efectos jurídico-procesales evidentemente.

### ***1.3 Autocomposición con intervención de un tercero***

En tercer lugar, es posible la autocomposición con intervención de un tercero. Este tercero no va a resolver el conflicto, imponiendo la solución, sino que va a colaborar, ayudar, facilitar, aproximar a las partes para que sean éstas las que definitivamente lleguen a la solución del mismo. La intervención del tercero será más o menos incisiva, su labor podrá ser diversa y será ésta precisamente, lo que provocará que se le dé una u otra denominación. Lo que todas las posibles manifestaciones de este modelo autocompositivo tienen en común es que el resultado alcanzado no es impuesto por el tercero, sino consensuado por las partes<sup>246</sup>.

Habitualmente, esta fórmula autocompositiva con intervención de un tercero suele ser la segunda a la que se acude, dado que las diferencias entre dos o más personas suelen tratar de resolverse inicialmente entre las mismas partes y solo cuando este medio fracasa es cuando las partes acudirán a los diversos posibles medios de tutela que el sistema les permite. Quizás durante muchas décadas el mundo occidental ha propiciado la litigiosidad al acudir,

---

<sup>246</sup> BARONA VILAR, S., “Qué y por qué la mediación”, en la obra colectiva *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario...*, cit., p. 25.



tras un intento fallido de llegar a solucionar las diferencias o conflictos entre las partes, si bien ha sido en estos últimos tiempos cuando se ha sido consciente de la pluralidad de medios que existen o pueden existir entre la decisión inicial de tratar de solventar las diferencias entre quienes se encuentran afectados por la misma y el acudir ante los tribunales; entre ambos extremos es posible encontrar una pluralidad de cauces para ello que pueden ser sucesivos y complementarios o alternativos o excluyentes.

Lo característico de estas fórmulas autocompositivas con intervención de un tercero es que éste, el tercero, no resuelve imponiendo la solución, sino que facilita, aproxima y acerca a las partes para que sean éstas las que lleguen a encontrar el consenso o acuerdo que ponga fin al conflicto. El tercero se encuentra, como señalara ALCALÁ ZAMORA<sup>247</sup>, inter partes, o lo que es lo mismo, en el mismo nivel que quienes se hallan en conflicto, tratando de colaborar, ayudar, aproximar a los sujetos en conflicto para que sean ellos mismos los que decidan, asuman y definan la solución que estimen más adecuada.

La fundamentación de estas vías autocompositivas se halla en la consideración de que es mejor alcanzar un acuerdo entre quienes se encuentran afectados por el conflicto, mediante posibles cesiones recíprocas, que una solución impuesta por un tercero.

Por tanto, los elementos esenciales de estas fórmulas autocompositivas se centran en la manera en que se resuelve el conflicto que no es otra que por la misma voluntad de quienes se hallan en conflicto; si bien pueden ser las mismas personas las que lleguen a ese punto común neurálgico —como sucede

---

<sup>247</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 75.

por ejemplo en la negociación inter partes-, en la mayor parte de los casos requieren de la colaboración de un tercero, que no impone la decisión sino que ayuda a alcanzar el consenso o el acuerdo, con una intervención diversa –funcionalmente hablando- que podrá llevar a que se hable de negociación, de mediación y de conciliación, como tres manifestaciones autocompositivas a las que a continuación nos referiremos. El grado de intervención del tercero y la línea de actuación de éste, amén de su intensidad, serán los componentes necesarios para delimitar las diversas técnicas de actuación.

#### ***1.4 Heterocomposición***

Junto a las anteriores manifestaciones en las que las partes asumen, más o menos, un rol activo en la búsqueda de la solución del conflicto (o gestión y convivencia del mismo), existe el cauce que la tradición jurídica continental ha propulsado de forma exponencial, el litigio, el proceso y con intervención de los tribunales de Justicia del Estado. En este modelo procesal la función del tercero es absolutamente diversa a la que se asume en autocomposición, dado que el tercero que interviene en el proceso actúa supra partes imponiendo la decisión. Se trata de su función, la función jurisdiccional de decir el derecho al caso concreto (jueces) o bien de resolver bien aplicando el derecho o bien en atención a su leal saber y entender (árbitros).

En ambos casos el heterocomponedor es un tercero que resuelve imponiendo la decisión a quienes acuden al mismo. El tercero se caracteriza por la “ajeneidad”, es ajeno al conflicto y a los sujetos en conflicto y no va a trabajar con éstos, sino que directamente se centrará en las pretensiones de las partes y resolverá en derecho o en derecho-equidad según la fórmula heterocompositiva.

Así, hay dos maneras de actuar heterocompositivamente: por un lado, los jueces y magistrados, actúan aplicando el derecho al caso concreto y su función no solo está regulada en la ley procesal sino también en la orgánica porque son integrantes del Poder Judicial del Estado, desempeñan, por tanto, esa función en nombre del Estado; y, en segundo lugar, es posible que esa función decisora se desempeñe por jueces-árbitros designados para un conflicto determinado y unas partes concretas. Su función decisora es la misma, sean jueces o árbitros, ambos tienen auctoritas, si bien solo los jueces tienen competencia para hacer cumplir lo juzgado de forma ejecutiva o lo que es lo mismo el ejercicio de la fuerza solo pueden desempeñarlo los órganos del Estado, no los árbitros –personas privadas- a las que la legislación permite resolver conflictos, pero no ejecutar la decisión compeliendo a las partes a ello.

En suma, la heterocomposición puede desplegarse a través de dos vías: el proceso judicial, en el que es el juez el que interviene imponiendo la solución a quienes acuden al mismo, o el arbitraje, que es un proceso en el que el árbitro es designado para resolver, igualmente de forma imperativa, el conflicto sometido al mismo. En ambos casos existe la “alteridad” en la resolución del conflicto, existe proceso, existen partes y garantías de contradicción a las mismas, amén del respeto debido a principios como el de igualdad.

Así, pueden considerarse como los elementos integrantes de la heterocomposición los siguientes<sup>248</sup>:

---

<sup>248</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España...*, cit., pp. 61-62.

1.- Los sujetos que se presentan con el conflicto van a actuar en contradicción y mantienen posiciones contradictorias, acudiendo al tercero heterocomponedor para que resuelva. Si a lo largo del proceso se diera un acuerdo o pacto entre las partes, éste conllevaría la innecesidad de la continuación del proceso.

2.- El tercero se encuentra situado en una posición de superioridad a las partes que intervienen en el proceso, es por ello que se habla de su intervención supra partes. Las partes asumen esta trilogía configuradora del proceso, de manera que deciden acudir al tercero para que éste resuelva por ellas. Y esa resolución puede serlo en derecho (función jurisdiccional judicial y función jurisdiccional arbitral) o de acuerdo a su leal saber y entender (denominado en equidad, en el arbitraje); y ese tercero asume, por tanto, una función decisora y resolutive del conflicto.

### ***1.5 Cauces mixtos de autocomposición y heterocomposición***

Pudiera parecer a priori que es imposible mezclar ambas funciones o cauces de estas dos formas de concebir la resolución de conflictos. Si bien en la actualidad aparecen fórmulas mixtas que combinan dos o más posibles cauces referidos, siempre que no sean incompatibles entre sí. De este modo surgen figuras como la del “med-arb”, la conciliación-proceso judicial, etc.

Estas diversas opciones de acudir a autocomposición, heterocomposición o fórmulas mixtas resulta posible cuando el conflicto y los intereses que confluyen pueden ser objeto de disponibilidad. Y será esta disponibilidad la que permitirá desde asumir una posición inactiva ante la concurrencia del conflicto, o por el contrario acudir a alguno o a varios de los medios que hemos expuesto.

En este sentido, las coordenadas propias del régimen administrativo llevan a diseñar modelos ADR específicos para esta materia. Como señalara MARTÍN-RETORTILLO, hay una realidad que cada día se hace más presente y es que “*la Administración tiende con frecuencia a ser proclive al pacto y al acuerdo para evitar el eventual y posterior conflicto. La Administración quiere cada vez más rodear sus decisiones, sino de una legitimidad adicional –la Administración solo se legitima en el fiel cumplimiento de la Ley- sí de apoyos, consensos y aceptaciones que hay que buscar entre los afectados*”<sup>249</sup>.

Esos elementos consensuadores, favorecedores de pactos, los iremos integrando a lo largo de este trabajo, si bien con carácter previo y con el fin de clarificar elementos conceptuales, vamos a delimitar las instituciones de la negociación, la conciliación y la mediación, como manifestaciones autocompositivas, haciendo especial referencia en la proyección de éstas en el ámbito de los conflictos en materia de Derecho administrativo, para posteriormente, en los capítulos siguientes de esta obra, adentrarnos en la institución del arbitraje y en el desarrollo de un posible arbitraje en Derecho administrativo.

## **2. La negociación**

Dado el contexto propio de la negociación podría considerarse *a priori* que es muy complicado aceptar la negociación en el marco de las relaciones jurídico-administrativas o, más aun, en la solución de conflictos administrativos. Ahora bien, en la medida en que se permita la disponibilidad, el

---

<sup>249</sup> En el Prólogo realizado a la obra de BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Pamplona, Aranzadi, 2004, 2ª ed., p. 21.

consenso, los acuerdos, los pactos en el ámbito del Derecho administrativo, quedará abierta la puerta a que los mismos se alcancen y refuercen a través de un modelo negocial.

### ***2.1 Noción y características de la negociación***

En la medida en que estamos ante una técnica de ADR es interesante tratar de delimitar la negociación, sus características y elementos definidores, con el fin de clarificar una de las posibles actuaciones que pueden llevarse a cabo en el ámbito de las ADR.

Resulta interesante observar que, frente a otros métodos ADR en los que la legislación ha ido incorporando un marco normativo, diseñando el modelo o método propio, tal como hizo desde tiempos inmemorial con el arbitraje, incluso con la conciliación y más recientemente se ha preocupado mucho de la mediación, la negociación no está estrictamente regulada ni debe estarlo en el ordenamiento jurídico, aun cuando ciertamente hay determinados ámbitos donde abiertamente se ha apostado por ella, como sucede por ejemplo en el ámbito de la negociación colectiva en el Derecho laboral, asumiendo que en ese contexto van a ser plurales las posiciones concurrentes y es conveniente escucharlas y enriquecer ideas y opiniones para llegar a un lugar común pactado, desde el que se pueda acoger las diversas sensibilidades, aun cuando no lo sea en su totalidad.

Negociación no es mediación. Si bien es cierto que las técnicas de la negociación, las maneras de alcanzar esas habilidades a la hora de negociar, especialmente cuando ésta es colaborativa o cooperativa, se asemejan mucho a la mediación, de manera que en muchos casos ese manejo de las herramientas de gestión del conflicto y de búsqueda del acuerdo se identifica tanto

cuando se trata de negociación como cuando se trata de mediación. Esto es, la idea del “win-win”, de que todos ganan y no debe haber ganadores ni perdedores, es un fiel reflejo del significado de ambos supuestos.

Los expertos en estas técnicas de negociación la han venido considerando más un “arte” que una ciencia propiamente dicha, dado que, como apunta OVEJERO BERNAL, “no existen ni pueden existir recetas, porque la conducta humana es incontrolable”, (...) “El arte de la negociación se puede enseñar, se puede aprender y se debe entrenar, pero nunca basándonos para ello en un proceso hipotético-deductivo. Por el contrario, quien desee ser un buen negociador, así como todo el que pretenda tratar cuestiones relacionadas con la conducta humana, deberá tener mucho sentido común, un gran conocimiento de muchos y variados campos de la psicología humana y, además, poseer ciertas habilidades sociales. Pero no hay verdades absolutas ni normas fijas e inamovibles, sino que el negociador pisa siempre sobre tierras movedizas, en las que resulta difícil sostenerse y mantenerse en pie e, incluso, la amenaza de hundirse en ellas pende siempre sobre su cabeza, cual espada de Damocles. Estamos ante el arte del disimulo, del regateo, de la astucia, de la apariencia, del engaño”<sup>250</sup>.

Para ser un buen negociador se requieren unas habilidades que, más allá de considerarse innatas, exigen de un aprendizaje<sup>251</sup>.

En suma, en el marco de la negociación debemos contar con una serie de características que vamos a pasar a enumerar, para después determinar si

---

<sup>250</sup> OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Madrid, McGrawHill, 2004, pp. 3-4.

<sup>251</sup> De ahí los cursos –cada vez más abundantes- de preparación y adquisición de habilidades y conocimientos para ser un buen negociador.

sería factible hablar igualmente del empleo de la negociación en sede administrativa:

1) La negociación es un método de conducta en el marco de la búsqueda de la gestión o solución de conflictos, que comporta, en palabras de LEBEL, *“la ocasión de situarse, de valorizarse con relación a los otros proporcionándoles la oportunidad de hacer lo mismo. Es, por consiguiente, concederse una ocasión para progresar y tener más oportunidades de preparar el futuro en lugar de sufrirlo”*<sup>252</sup>. O, dicho de otro modo, su finalidad es la conseguir que todos los que intervengan en la misma ganen (y así lo perciban).

2) La función esencial es la del negociador, que actúa de parte, es decir, está manteniendo no una conducta neutral, sino que interviene como representante de los intereses de una de las partes inmersa en el conflicto. Hay veces que el negociador es la parte misma, mientras que en otros casos el negociador actúa en representación de los intereses de quien le ha contratado. Sea directa o indirectamente, la función del negociador es parcial, está tratando de presentar en la negociación los intereses por los que vela, explicar las opiniones, manifestar oportunamente las necesidades de la misma, y también tratar de actuar, desde el respeto de los otros interesados, buscando el punto común, aquel que permita la solución del conflicto o la gestión del mismo, pero desde la valorización de las demás posiciones e interés que puedan volcarse en el marco del procedimiento seguido en la negociación.

Para poder manejar de ese modo la interlocución se requiere de una formación adecuada, que favorezca la adquisición de las herramientas oportunas en el marco de la teoría del conflicto, del manejo de los mismos, de la agilidad en las respuestas que amolde y adecue el desarrollo de la negociación

---

<sup>252</sup> LEBEL, P., *El arte de la negociación*, Barcelona, CEAC, 1990, p. 196.



de los distintos intereses. Y ello, desde la idea, señalada por OVEJERO, de que el buen mediador es el que negocia partiendo de tres ideas: a) No debe haber ganador ni perdedor; b) Negociar no es imponer tus ideas; y c) Ceder no es perder<sup>253</sup>.

3) Cuando se habla de la negociación se ha venido sosteniendo que existen dos grandes modalidades: a) la negociación competitiva y b) la negociación cooperativa o colaborativa.

En la competitiva aquellos que intervienen en la negociación como mediadores asumen una posición intransigente y rígida, defendiendo su idea y atacando tanto cuanto pueden la idea sostenida por los demás negociadores.

En las colaborativas o cooperativas, cada negociador se posiciona de forma flexible, intentando encontrar la mejor solución posible al conflicto planteado, tratando de alcanzar el ya citado equilibrio “win-win”. Dicho de otro modo, en las negociaciones competitivas rige el “yo gano, tú pierdes”, manteniendo viva la confrontación, mientras que en la colaborativa lo importante es que todos queden satisfechos<sup>254</sup>.

Surge a partir de aquí la cuestión esencial de cuál es la negociación que debe aplicarse en cada caso o, lo que es lo mismo, cuál de las dos maneras de negociar es la más adecuada<sup>255</sup>. Y aquí la respuesta debe encontrarse en el

---

<sup>253</sup> OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de negociación...*, cit., p. 40.

<sup>254</sup> OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de negociación...*, cit., p. 138.

<sup>255</sup> OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de negociación...*, cit., pp. 138-139: “(...) aunque en general es preferible la negociación cooperativa a la competitiva, dado que suele ser más eficaz, tenemos que señalar que ninguno de los dos extremos es lo ideal: la correcta elección del planteamiento negociador debería depender de la naturaleza de la negociación de que se trate y, en consecuencia, la idoneidad de mantener un estilo cooperativo o competitivo debería venir definido por ella. Por ejemplo, (...) no será lo mismo negociar la venta de un único artículo, en una sola ocasión, sin posibilidad de relación ulterior, a una persona desconocida, que negociar un acuerdo de suministro por varios años de una complicada maquinaria a un cliente habitual. ¿Qué es, pues, lo

tipo de situación conflictual que se suscite, el número de sujetos, el comportamiento de los mismos y sobre todo sobre qué y quiénes va a recaer el acuerdo, dado que lo más importante en negociación no es alcanzar el punto común, sino que éste se mantenga respetado por quienes han intervenido para alcanzarlo. Y por supuesto el camino para llegar a ello puede ser el de mantener una posición poco flexible, con poca capacidad de movilidad y con elementos claramente arriesgados de posible pérdida del acuerdo, o, por el contrario, una negociación de naturaleza integradora, que asuma que todos los sujetos en el conflicto puedan generar y obtener ganancias conjuntas, siendo en este caso la posición del negociador más próxima a la del mediador, trabajando en este sentido las herramientas de separación del conflicto respecto de las personas, centrándose en la diferenciación entre las posiciones, las necesidades y los intereses, y generando una pluralidad de alternativas, que permitan soluciones adecuadas.

## ***2.2 ¿Es posible la negociación en el Derecho Administrativo?***

Llegados a este punto, debemos plantearnos si es posible incorporar al Derecho administrativo la figura de la negociación. Y para poder analizar esta cuestión tendríamos que determinar algunas premisas en nuestra argumentación:

---

*que determina la posición a tomar? Es la naturaleza de la situación en la que ha de realizarse una negociación lo que nos sirve de guía para saber el estilo de negociación más apropiado.”*

En primer lugar, hablar de negociación supone recordar el significado del propio concepto de negocio jurídico, vinculado intrínsecamente al ejercicio de la autonomía de la voluntad<sup>256</sup>. Así, DE CASTRO lo define como “la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”<sup>257</sup>.

Ciertamente, esa construcción que ha venido vinculando dogmáticamente el negocio jurídico con la declaración de voluntad, con la autonomía de voluntad de quienes en él intervienen, no encontraba obstáculos cuando se trataba del Derecho privado en el que los intereses que confluyen esencialmente tienen esa naturaleza o, por decirlo de otro modo, tal como manifiesta BUSTILLO BOLADO, “desde la óptica del Derecho Privado la autonomía privada se configura como presupuesto “sine qua non” para la existencia de declaraciones de voluntad”<sup>258</sup>. Ahora bien, de lo que se trata es de extrapolar si es posible el mismo significado al Derecho administrativo o, en su caso, determinar hasta qué punto es una realidad igualmente constatable, que en la actualidad la Administración pacta, contrata y negocia en sentido propio, y decimos en sentido propio porque en esas actuaciones la Administración actúa en muchos casos con quien no es Administración<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Se ha sostenido en la doctrina civilista que muy probablemente fue Hans Kelsen el que incorporó la denominación de negocio jurídico, como “un hecho productor de derecho,.. que autoriza a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas jurídicas generales producidas por vía de legislación o de costumbre, por las normas que son producidas mediante negocio jurídico”, citado en VERNENGO, R.J., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1983, p. 264.

<sup>257</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 34.

<sup>258</sup> BUSTILLO BOLAÑO, R.O., *Convenios y contratos administrativos*, cit., p. 81.

<sup>259</sup> BUSTILLO BOLAÑO, R.O., *Convenios y contratos administrativos*, cit., pp. 82 y ss. Destacamos sus afirmaciones en la p. 91: “Pese al preponderante papel que el Ordenamiento en muchas ocasiones confiere a la Administración en la configuración del

Esa fusión entre la autonomía de la voluntad y la discrecionalidad administrativa habría que hacerla igualmente extensiva a la gestión y/o posible solución convencional, dentro de los parámetros expuestos, de los posibles conflictos que pudieren derivarse de la realización y ejecución de esos actos convencionales.

De este modo, si el Derecho administrativo permite la suscripción de contratos entre la Administración y la empresa privada o entre la Administración y los particulares, nada debería obstar a que los posibles conflictos que pudieren derivarse de la relación jurídica convencional anterior, permitiera, siempre –insistimos– desde los ejes esenciales de su conformación la posible negociación como instrumento de delimitación convencional y de resolución de los conflictos planteados.

Probablemente esa visión quedaría refutada si se mantuviera la posición que sostuvo el alemán Otto MAYER<sup>260</sup>, defendiendo que cuando la Administración suscribe un contrato no es un verdadero contrato, dado que la Administración está revestida de un *imperium* que le sitúa en clara posición de superioridad jurídica frente al ciudadano, de manera que ese resultado relacional no es contrato, por cuanto para él donde hay contrato no hay

---

*contenido del contrato (pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas), no es cierto que el particular esté totalmente desplazado, puesto que la Ley le deja margen para intervenir en la configuración de esos contenidos. Así, por ejemplo, claramente existe ese margen en las adjudicaciones a realizar por medio de concurso público. En estas adjudicaciones la Administración contará como criterios objetivos de valoración “el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes”, elementos todos ellos sobre los que podrán incidir con diferentes contenidos las ofertas de los diferentes licitadores y que, una vez producida la adjudicación configuran contenidos del contrato, incluso se admite la posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o alternativas sobre los moldes iniciales configurados por la Administración.”*

<sup>260</sup> MAYER, O., *Derecho Administrativo alemán*, vol. I (trad. Por H.H. Heredia y E. Krotoschin), Buenos Aires, DePalma, 1982, pp. 183 y ss.

Administración y donde hay Administración, no hay contrato. De igual modo, HAURIUO entendió que, quien consideraba que junto al contrato y a la declaración unilateral de voluntad lo que pueden encontrarse son las que denominaba *opérations á procédure*, esto es, actos jurídicos en los que pueden concurrir la voluntad de muchos intervinientes, pero sin que pueda afirmarse que esa voluntad implique aceptación de los contenidos de actos previos, como ocurre con los contratos, sino que se trata de un procedimiento legalmente establecido –que no es contrato en el sentido del Derecho privado-<sup>261</sup>.

La posición anterior, sin embargo, fue criticada por la doctrina posterior siendo destacable la posición de DUGUIT, que afirmaba que el acto jurídico es todo acto de voluntad realizado con la intención de producir una modificación en el ordenamiento jurídico, pudiendo sistematizarse en tres categorías: “*actes-reglés*”, “*actes-conditions*” y “*actes-subjetifs*”. Y construye así, un concepto de contrato que toma como base el modelo patrimonial bilateral del Derecho romano, de manera que lo presenta como un acto subjetivo de naturaleza bilateral en el que se integran declaraciones de voluntad de ambos, que tiene objeto y finalidad diferentes, generando posiciones de acreedor y deudor<sup>262</sup>.

Por su parte, MARTÍN-RETORTILLO ha defendido la aplicación del concepto de contrato que tiene su claro germen y origen en el Derecho privado a los diversos campos del derecho, de manera que según este autor existe contrato cuando “*la voluntad de cada una de las partes posea fuerza suficiente para que se establezca la relación jurídica*”, lo que lleve a la relación

---

<sup>261</sup> HAURIUO, M., *Principes de Droit Public*, Paris, Recuel Sirey, 1916, 2 ed., p.148.

<sup>262</sup> Puede verse DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel, t.I, La règle de droit – Le problème de l’Etat*, Paris, Boccard, 1927, 3º ed., pp. 346 y ss.

que vincula a quienes lo suscriben<sup>263</sup>. Y esto sucede tanto en los contratos entre particulares como en los que se suscriben en el ámbito del ordenamiento jurídico administrativo. En este sentido, el autor cita como ejemplo propio del Derecho privado la desigualdad real existente entre las partes que suscriben un contrato de adhesión. De este modo, considera que la vinculación obligacional de la Administración es compatible con su posición privilegiada<sup>264</sup>.

En este sentido, sería este ámbito contractual el más paradigmático para referir a una negociación con la Administración en la solución de los conflictos, ámbito que desarrollaremos en mayor detalle en el Capítulo tercero. Es, por tanto, este una de las posibles materias en las que no solo se podría incorporar la negociación sino también el arbitraje.

Ahora bien, podríamos pensar si esta viabilidad negociadora podría extenderse a relaciones jurídicas extracontractuales, derivadas de una posible exigencia o reclamación de responsabilidad extracontractual en la que de una forma directa o indirecta pudiera intervenir la Administración. Planteamos un hipotético supuesto.

Se plantea la posible negociación en un conflicto suscitado en una pequeña localidad en la que una empresa, que genera la mayor parte del sustento laboral de los ciudadanos de la misma, vierte residuos tóxicos al río, afectando a las personas, a las que genera problemas de salud, confluyendo intereses plurales como los de los representantes de las empresas, los del Ayuntamiento de la localidad, los grupos ecologistas, incluso algunas de las personas que se

---

<sup>263</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, cit., p. 117

<sup>264</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, cit., p. 115.

han visto afectadas por los humos contaminantes, las aguas tóxicas, o afectando incluso al sector ganadero o agricultor del entorno, entre otros. El Ayuntamiento, conocedor de la situación, ¿podría participar en una negociación que tratara de buscar una solución a un conflicto ya existente, de manera que pudiera participar en la toma de decisiones con repercusiones jurídico-administrativas igualmente?

No se trata de considerar cuáles serían las condiciones previas en las que debería incurrir la Administración local para poder iniciar la negociación, sino la afirmación o negación de la eficacia jurídica en el ámbito del Derecho administrativo del acuerdo que pudiere derivarse de la citada negociación.

Una negociación que, por otra parte, no le es ajena a los intereses de la Administración local, en la que concurrirán numerosas cuestiones que afectan al medio ambiente, al bienestar social, a la economía, al sistema tributario, etc. Todos ellos ponen de relieve que la participación de la Administración en esta negociación sería, desde el ámbito propio de la discrecionalidad administrativa, para defender intereses generales.

En realidad, el fundamento que permite hablar de una posible negociación en la que intervenga la Administración sería el que justificara igualmente la intervención de la Administración en cualquiera que fuere la participación administrativa en las ADR.

Esta nueva mirada tiene proyección no solo en la construcción relacional con la Administración, sino que puede afectar igualmente a las formas y a los protagonistas que pueden intervenir en la solución de los conflictos. De ahí que estemos en estos momentos abordando precisamente el desarrollo de las ADR en el Derecho administrativo.

Esto podría enlazar con la cuestión que ya en su momento abordamos en el Capítulo primero de este trabajo en relación con la huida del Derecho administrativo. Recordemos que tras una expansiva actuación de la Administración se fue produciendo una privatización de algunas funciones o actividades desempeñadas por la Administración, generándose algo así como lo que MARTÍN-RETORTILLO<sup>265</sup> denomina como una “recalificación” jurídica de entidades organizativas, públicas y privadas que operan en la Administración y quizás en ese movimiento de privatización no resulta cuanto menos extraño, a nuestro parecer, una puerta abierta también en el ámbito administrativo a las “*multy-rooms*”<sup>266</sup> cuando se trata de buscar diversos caminos para alcanzar la solución del conflicto.

Como todo movimiento, si bien la bondad de esta multi-puerta puede favorecer la desconflictividad además de favorecer y generar una voluntad de responsabilidad y de reconocimiento del otro, también es cierto que el impulso y favorecimiento de los mismos no debe considerarse desde parámetros meramente simplistas o efectivistas.

Las ADR y en especial la negociación puede ser un buen medio en el que participe la Administración, bajo las condiciones legalmente establecidas, en algunos supuestos, pero no por ello hay que fomentar el recurso a la misma de forma indiscriminada y para tratar de reducir la conflictividad en la que la Administración se encuentra inmersa. En todo caso, como desarrollaremos en Capítulos posteriores, aunque centrado en el arbitraje, el recurso de la Administración a las ADR se encuentra circunscrito a materias o conflictos

---

<sup>265</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, cit., p. 209.

<sup>266</sup> Sobre ellos pueden verse, ya citados, BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, “ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century”, cit., pp. 9-10; y TROCKER, N./DE LUCA, A., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, cit., p. IX (Presentazione).



concretos, en los que no concurra un interés público a tutelar por parte de la Administración.

Dicho de otro modo, el peligro en la actualidad se encuentra en esa visión globalizada que puede abocar a considerar la tutela de la Administración y la propia jurisdicción contencioso-administrativa como la vía residual, y las ADR en el ámbito administrativo como las fórmulas a fomentar primordialmente.

### **3. Mediación y conciliación: diferencias y similitudes**

Continuando con las otras dos categorías autocompositivas en la solución de los conflictos vamos a referirnos a la mediación y a la conciliación. El tratamiento de ambos lo realizamos conjuntamente por tratarse de dos figuras que en algunos ordenamientos se usan indistintamente e incluso se hallan confundidas. Es innegable que la esencia de ambas es muy similar, puesto que ambas derivan de la autocomposición, y con unos parámetros fundadores muy similares. En ellas el tercero – conciliador o mediador- que interviene en el conflicto lo hace *inter partes*, es decir, actuando con mayores o menores dosis de participación en la función facilitadora de la solución del conflicto, aproximando a las partes a que alcancen el pacto, acuerdo, pero siendo las partes y no el tercero quienes delimitan los términos del acuerdo y la solución del conflicto.

En primer lugar y dado que se habla de ambas vías o cauces autocompositivos hay que abordar la cuestión de si existen diferencias entre ambas instituciones y, en su caso, cuáles serían las mismas.

### ***3.1 Referencia específica a la conciliación como cauce autocompositivo***

Históricamente la conciliación ha encontrado acomodo en la legislación, tanto en la española como en la mayoría de los sistemas jurídicos procesales. Aparece estrechamente vinculada al proceso, como institución que en teoría permitía la posibilidad de que las partes en el proceso pudieran llegar a un acuerdo. Esa fórmula mixta a la que nos referíamos anteriormente, de conciliación y proceso, ha estado presente durante un período largo de la Historia. Es más, han sido largos los períodos de tiempo en los que la conciliación era un paso obligatorio si se pretendía continuar desarrollando el proceso, esto es, se llegó a convertir claramente en un presupuesto de procedibilidad.

Y, paralelamente, las legislaciones procesales no hablaban de mediación, sino que la convivencia del modelo heterocomponedor con la vía autocompositiva se efectuaba de la mano de la conciliación. Pero pese a todo, esa convivencia era más bien teórica porque, pese a esa raigambre histórica, se venía convirtiendo en un trámite que había que librar para poder continuar con el proceso en muchos casos, dada la falta de cultura negocial existente en nuestro modelo jurídico.

Esa ausencia de cultura negocial en el marco de la solución de los conflictos –sí se visualizaba en áreas como el comercio, la industria, la navegación, que favorecía mucho más el flujo económico y el dinamismo que en estas áreas se exige para su avance y desarrollo- parece más que consecuente que una institución como la conciliación, integrada en un modelo heterocompositivo como era y es el proceso judicial, no obtuviera demasiado éxito. Probablemente el culto al litigio desde la misma formación de los abogados arrastraba una mentalidad en la que era muy difícil integrar una fórmula

que se percibía como “contraria” al proceso, esto es, si la parte decidió acudir al proceso por voluntad propia o por voluntad inducida por su asesor jurídico, no parecía que fuera coherente intentar o participar con voluntad en ello en un procedimiento conciliador.

A mayor abundamiento, la legislación no regulaba la conciliación vinculada al proceso con idea de dotarle de efectividad. Si lo que se pretendía era precisamente alcanzar una solución consensuada, lo imprescindible para ello era que quienes debieran alcanzar el acuerdo estuvieran presentes. Sin embargo, lo anterior no se llevaba a cabo, dado que los procedimientos eran escritos y la presencia de los sujetos-partes en conflicto no es ni necesaria ni conveniente.

Así, de las diversas conciliaciones que a lo largo de nuestra Historia se han regulado en un ordenamiento como el nuestro, unas confiadas a órganos no judiciales, destacan por su mayor proyección las conciliaciones judiciales, tanto las preventivas o preprocesales como las intraprocerales<sup>267</sup>.

Y en el ámbito de los conflictos laborales la presencia de la conciliación ha sido constante. Se ha mantenido la conciliación, pese a las reformas sucesivas, en la Ley de Procedimiento Laboral en los artículos 63 a 68 como intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente (IMAC, SMAC) o ante el órgano que asumiera estas funciones, a través de acuerdos interprofesionales o convenios colectivos (han sido plurales los que

---

<sup>267</sup> Manifestaciones de ellas se han visto en la vieja LEC de 1881 que regulaba la conciliación previa con carácter obligatorio, si bien la Ley 34/1984 la convirtió en voluntaria, y en la actual LEC del año 2000 (especialmente como conciliación intraprocerales en el trámite de la audiencia previa, en los arts. 415 y 428.2), así como en la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria y en concreto en sus artículos 139 a 148 (Título IX) que atribuye la competencia para conocer del expediente de conciliación al Juez de Paz o al Secretario del Juzgado de Primera Instancia o Juzgado de lo Mercantil, en función de las competencias de ambos.

se han referido a la misma), incorporando también en el texto la mediación<sup>268</sup>. Ello sin perjuicio de la conciliación actualmente ante el secretario judicial a que se refiere el artículo 84.2 de la citada Ley de Procedimiento Laboral. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción laboral lo regula a su vez, en su Título V “De la evitación del proceso” en el Capítulo I “De la conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales” (artículos 63 a 68).

Por su parte, en sede penal, se sigue manteniendo la exigencia de la celebración de un acto previo de conciliación en el supuesto de delito de calumnia e injuria contra particulares (artículo 215 Código Penal y 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), perseguible solo a instancia de parte, como presupuesto procesal de admisión de la querrela, de modo que la no presentación del certificado de su intento debe llevar a la inadmisión de aquella.

Finalmente, en ámbito propio de la litigiosidad y conflictividad en las relaciones con la Administración la conciliación ha encontrado un lugar en la legislación, aun cuando en la actualidad lo que señalemos en relación con la mediación es aplicable únicamente al ámbito específico de la misma.

### ***3.2 Aparición de la mediación como cauce autocompositivo***

Hoy la situación ha cambiado y se ha impulsado la mediación como una suerte de primera vía a la que hay que acudir, antes de intentar cualquier otra vía de solución o gestión de conflictos, si bien presentándola como una institución que, aun cuando con semejanzas, no es ni pretende ser, la conciliación. El impulso recibido tanto en el ámbito nacional como internacional ha sido

---

<sup>268</sup> Reforma de la LPAC.

exponencial y permite afirmar, sin género de dudas, que el instrumento de moda para tratar de alcanzar la solución al conflicto es en estos momentos la mediación.

Hay un dato de interés que de alguna forma fue especialmente significativo en el salto producido en la denominación de las formas autocompositivas, manteniendo la conciliación, pero incorporando como instrumento “novedoso” más proactivo y facilitador de la solución del conflicto la mediación. Resulta especialmente significativo que cuando se gesta el movimiento de las ADR en Estados Unidos existe un rechazo por denominar conciliación a las técnicas de aproximación y favorecimiento de un acuerdo con la ayuda de un tercero.

Como señalaba SINGER, *“antiguamente la palabra conciliación se usaba simplemente como un sinónimo de “mediación”. El Instituto Federal de Mediación y Conciliación recibió dicho nombre porque una de las Cámaras del Congreso quería un departamento de “mediación” y la otra, uno de “conciliación”. Dicha oficina sigue manteniendo ambos nombres por tradición. La palabra “conciliación” no goza actualmente del favor del público norteamericano, porque a los matrimonios en trámite de separación, a los que los tribunales forzaron, en ocasiones, a permanecer casados, en un afán de reconciliarles, no les gustaba su parecido con la palabra reconciliación. Durante el movimiento en pro de los derechos civiles la palabra conciliación no se consideró un término aceptable, ya que sonaba a que se minimizaba el conflicto (como algo opuesto a la solución de los hechos subyacentes). Por tanto, este término se reemplazó gradualmente por la palabra “mediación”.*

*En Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Austria todavía se usa “conciliación” para hablar de “mediación”*<sup>269</sup>.

Y este cambio impregnaría a las nuevas tendencias también interregionales y especialmente se asumiría en el seno de la Unión Europea, propiciando claramente la incorporación como institución autocompositiva mejorada la mediación. Así, se irá convirtiendo la mediación, en palabras de BARONA VILAR, en “*una modernización y mejora de la vieja conciliación, con la incorporación de ciertos parámetros específicos que, sobre todo, hacen referencia a la formación del mediador. Esto ha provocado que la conciliación se haya difuminado por la presencia omnipresente de la mediación*”<sup>270</sup>. Ello no ha implicado, en absoluto, la desaparición de la conciliación, sino que la misma ha continuado teniendo vida jurídica en nuestro ordenamiento.

La incorporación de la mediación ha suscitado una doble cuestión respecto de la conciliación: por un lado, si se mantenía simultáneamente la conciliación allá donde se encontrara regulada o si debía ser sustituida por la mediación; y, en segundo lugar, la conciliación y la mediación como medios autocompositivos ¿en qué se diferencian? ¿responden a los mismos principios y formas de actuación y desarrollo?

Respecto de la primera pregunta, queda evidenciado en algunas de las normas antes expuestas que en el ordenamiento jurídico español la coexistencia de ambas, mediación y conciliación, es indudable. Hay algunos sectores que han querido seguir manteniendo la regulación como conciliación exclusivamente (como sucede en la norma sobre jurisdicción voluntaria) y hay

---

<sup>269</sup> SINGER, L.R., *Resolución de conflictos...* cit., p. 42.

<sup>270</sup> BARONA VILAR, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”. *Luces y sombras en Europa*”, *InDret*, octubre 2014, p. 8.

otros en los que se hace referencia indistinta (con una conjunción “o” que las une a ambas, como sucede en la legislación procesal laboral), sin perjuicio de que la mediación ha ido ganando mucho terreno en las nuevas normas y se ha querido impulsar especialmente su incorporación como técnica distinta de la conciliación, muy probablemente por la labor realizada desde la Unión Europea, impulsora de acciones de incorporación de la misma, en algunos casos recomendaciones, mientras que en otros mediante decisiones compulsorias para que los Estados miembros la incorporen en sus normas.

En relación con la segunda cuestión, ambas son fórmulas autocompositivas, en las que el tercero interviene *intra partes*, que no *supra partes*, cuya labor es aproximativa, facilitadora de las partes en conflicto, siendo éstas y no el tercero las que definen el acuerdo y sus contenidos. Si bien hasta aquí la línea establecida se centraba en las semejanzas, la mediación no es conciliación, ni tampoco pretende, como señaló BARONA VILAR, sustituirla<sup>271</sup>, sino que es otra institución autocompositiva, con ciertos parecidos a la conciliación pero también con destacadas diferencias.

Y entre ellas quizás la más destacable sea el papel que desempeñan los terceros conciliadores-mediadores. Resalta en este sentido, uno de los principales elementos diferenciales: la capacitación que se exige para ser mediador, y que no se exigía para ser conciliador<sup>272</sup>.

Lo anterior repercute, claro está, en la función que el mediador desempeña. Esto es, el mediador trabaja con técnicas de aproximación entre las

---

<sup>271</sup> BARONA VILAR, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, cit. p. 8.

<sup>272</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, cit., pp. 59-60.

partes, haciéndolas partícipes de la búsqueda de la solución al conflicto<sup>273</sup>, frente a una ausencia de capacitación de los conciliadores como tales. Se decía por ello que el conciliador no poseía, al efectuar comparación con el mediador, técnicas de autocomposición, siendo sus habilidades innatas o simplemente adoleciendo de las mismas, lo que significa que difícilmente las puede ejercitar.

Lo anterior permite afirmar que el conciliador no va a desarrollar una tarea de aproximación a los sujetos en conflicto, no va a trabajar conjuntamente con las partes para conseguir el acuerdo. Esto lleva a que el conciliador en ciertos casos realice propuestas de solución, lo que difiere del mediador, quien no propone –se asume que la propuesta del tercero no es construcción propia, no se asume como tal y por tanto puede generar complicaciones a la hora de cumplir con lo acordado-. El mediador no debe proponer soluciones, salvo que las partes así se lo pidan. El principio esencial de la misma es que son las partes las constructoras del acuerdo y el mediador es quien aproxima, facilita y favorece la aproximación entre ambas, desde las técnicas de mediación que suponen la escucha activa, el reconocimiento del otro, la asunción de responsabilidad, etc. Incluso en ciertas escuelas de mediación lo importante no es tanto alcanzar el acuerdo sino el trabajo conjunto.

En conclusión, como señala BARONA VILAR, “*son la conciliación y la mediación dos especies del mismo género. La mediación se ha incorporado a las legislaciones más modernas con reglas de actuación, principios, procedimiento, estatuto del mediador, etc. No en vano es posible afirmar, a mi parecer, que la mediación es en la actualidad una modernización y mejora*

---

<sup>273</sup> FISHER, R. *Más allá de Maquiavelo (Herramientas para afrontar conflictos)*, cit., p. 65, en la que considera que el tercero necesita comprender cómo ven otros un conflicto, su conflicto, lo que es un conocimiento que fortalece, aumentando la capacidad de influir en los demás.



de la vieja conciliación, con la incorporación de ciertos parámetros específicos que, sobre todo, hacen referencia a la formación del mediador. Esto ha provocado que la conciliación se haya difuminado por la presencia omnipresente de la mediación”<sup>274</sup>.

En los últimos tiempos, el impulso de la mediación ha hecho perder algo de presencia a la conciliación<sup>275</sup>. Y esto ha incidido en el interés por la mediación de manera globalizada, surgiendo una nueva tendencia a la profesionalización del mediador. Ello ha propiciado el impulso recibido desde instituciones privadas y públicas para ofrecer la capacitación a quienes quieren desempeñar esta función.

### 3.3 Características de la mediación

Como exponemos *infra*, no hay una sola mediación, sino que en función del tipo de conflicto y los sujetos intervinientes, la mediación se gestionará desde herramientas diversas. No es lo mismo una mediación laboral en un conflicto colectivo que una mediación comercial, o que una mediación en un conflicto de empresa, o en una mediación penal.

Aun asumiendo la asimetría de las mediaciones, se puede considerar lo que podrían ser los pilares sobre los que la mediación prototípica se asienta, tomando como referente común la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

---

<sup>274</sup> BARONA VILAR, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, cit. p. 8.

<sup>275</sup> Insistimos en que la conciliación sigue en el ámbito interno y también en sede internacional. Recordemos la Ley de Conciliación de la CNUDMI, en la que se hace referencia precisamente a que la denominación no es lo importante, de manera que cuando se refiere a la conciliación en el comercio internacional es perfectamente extrapolable a la mediación comercial internacional.

1) Principio de voluntariedad y de libre disposición para acudir a la mediación o para desistir de una mediación iniciada. Este principio implica que la mediación encuentra su fundamento en la libertad, de manera que no tiene sentido compeler a los sujetos que se encuentran inmersos en un conflicto a acudir a la mediación, ni por supuesto obligar a suscribir un acuerdo en el procedimiento de mediación o a mantenerse en el procedimiento de mediación<sup>276</sup>.

Este principio de voluntariedad, sin embargo, se ha cuestionado también por quienes consideran que, pese a las normas sobre mediación, hay menos mediaciones de las esperables, proponiendo incluso la posibilidad, como han realizado algunos países en la Unión Europea como Italia y Malta, de introducir la obligatoriedad de la mediación. Es una inquietud que se está mostrando en el seno de las instituciones europeas precisamente porque los resultados estadísticos del empleo de la mediación en Europa no son los esperados<sup>277</sup>.

2) En segundo lugar, la mediación exige el debido respeto al principio de igualdad de trato de sus intervinientes. Esa igualdad no puede traducirse en convertir iguales a los desiguales, sino ofrecerles las mismas

---

<sup>276</sup> BARONA VILAR, S., “La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Pamplona Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 47.

<sup>277</sup> Nos remitimos en este punto al Informe del Parlamento Europeo de 2014 denominado *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, del que se desprende el impacto limitado de la Directiva en Europa, con propuestas de mejora entre las que se encuentra precisamente la de introducir la mediación obligatoria en algunas categorías de asuntos, sin perjuicio de la posibilidad de retirarse de la mediación en la primera reunión (*op-out*). Sobre este Informe y las propuestas AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C., “El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, cit., pp. 107-117.

oportunidades de intervención en el procedimiento de mediación, sin trato de favor alguno respecto de alguna de las personas que intervienen en el procedimiento.

3) El mediador debe ser neutral, esto es, debe mantener una posición equidistante respecto de quienes intervienen en la mediación, trabajando para aproximar a las partes, desde esa visión equidistante, tratando de favorecer la pacificación de las relaciones jurídicas<sup>278</sup>.

4) La mediación es un procedimiento extrajudicial de conflictos, flexible y adaptable a las circunstancias propias del tipo de conflicto y de las personas que intervienen en el mismo. Es por ello que en las normas reguladoras de la mediación se habla de sesiones y de unas mínimas garantías en las actas que se suscribirán por quienes hayan intervenido en las sesiones, pero se deja a las partes y a los mediadores el diseño del procedimiento a seguir, con el fin de garantizar la adaptabilidad propia de este modelo de mediación; un modelo en el que es posible avanzar y retroceder, interrumpir o suspender el procedimiento, obviamente siempre bajo el control de las reglas de máximos que se establecen en las normas reguladoras del mismo.

5) Principio de confidencialidad, que ofrece una enorme garantía para quienes intervienen en mediación, aun cuando la confidencialidad es exigible no solo a quienes participan, sino también a los mediadores, las instituciones mediadoras y cualquier persona que pueda intervenir en la mediación. La exigencia de este deber u obligación de confidencialidad

---

<sup>278</sup> Como señala BARONA VILAR, S., el papel del tercero mediador es esencial, de ahí la exigencia de capacitación para el ejercicio de su función; capacitación que le permitirá adquirir “*destrezas suficientes como para que sea el visible invisible*”, en “Qué y por qué la mediación”, cit., p. 45.

podrá exigirse mediante la correspondiente responsabilidad y sus consecuencias en atención a quien sea el infractor o el que quiebre la misma.

6) La mediación viene exigiendo el cumplimiento de un código de comportamiento por quienes en ella actúan; en relación con quienes pueden serlo, se recoge en el Estatuto del mediador, mientras en el que caso de las personas que intervienen en la mediación se exige el respeto a las reglas de la buena fe y el respeto mutuo a las partes y a quienes pudieran intervenir a lo largo del procedimiento de mediación, así como la asunción de actitud de colaboración y apoyo permanente al equipo de mediación.

7) Una de las características de la mediación se centra en el resultado que se alcance al finalizar el procedimiento. Existe interés en que el acuerdo pase de un mero acuerdo de voluntades que tendría valor de contrato, y se pretende que el valor jurídico del acuerdo pueda servir como elemento de impulso a participar en la mediación y no como elemento de desinterés por la institución. La aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, respondió a esa inquietud, impulsada desde el seno comunitario europeo, y de ese modo la solución que en este ámbito se ofrece queda en manos de las partes, quienes pueden otorgarle un mero valor de acuerdo privado (como si de un contrato se tratara), o bien pueden favorecer su conversión en título ejecutivo, ya mediante la incorporación del acuerdo en el proceso, o bien elevar a escritura pública notarial el acuerdo adoptado en mediación favoreciéndose de este modo el valor de título ejecutivo sin necesidad de acudir a la vía judicial (artículo 25 Ley 5/2012).

### **3.4 Manifestaciones de la mediación**

Si la mediación venía cumpliendo de forma sectorial, fragmentada y discontinua, una labor en determinados ámbitos del Derecho privado, especialmente en los conflictos de familia y laborales, el enorme impulso transnacional ha propulsado esta aparición expansiva de la mediación en ámbitos en los que a priori puede resultar algo más complicado su aceptación. Por ejemplo, en el ámbito civil y mercantil la mediación puede evitar el proceso o puede complementar el proceso sobre todo favoreciendo acuerdos parciales y por tanto minimizando la complejidad del mismo.

En este sentido, conviene resaltar el impulso dado desde la Unión Europea a través, entre otras, de la Directiva 2008/52/EC que abrió un enorme panorama todavía con un largo recorrido. En el primer estadio se ha llegado a alcanzar una meta previa, que es la conformación de un paraguas jurídico que permita en toda la Unión Europea favorecer la reducción de los conflictos en estos ámbitos, y hemos visto sucederse las normas reguladoras de los 28 países de la Unión Europea sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles: en unos casos con ley nueva independiente, en otros, con modificación de las normas existentes, pero en todo caso, ofreciendo la cobertura jurídica requerida desde la Unión Europea para poder garantizar este instrumento autocompositivo y el fomento hacia la cultura del pacto.

Lo más destacado ha sido sin lugar a dudas la asimetría que en estos momentos puede predicarse respecto de los diversos países europeos. No solo se da la asimetría por las diferencias legislativas que muestran los diversos países de la Unión, sino sobre todo porque los resultados que se han producido han sido muy dispares. En este contexto el Informe de 2014 que pretende

reinicializar la Directiva de mediación y ofrecer determinadas medidas legales tendentes a potenciar la misma. Y ello por cuanto la mediación es vista como un mecanismo menos agresivo que el litigio y a través del cual se trabaja para afrontar, gestionar y solventar los conflictos jurídicos<sup>279</sup>.

Dicho impulso de la mediación también se ha hecho palmario en el ámbito de los conflictos laborales, en los que se encuentran unas buenas coordenadas para que la mediación, como también la conciliación, puedan permitir solventar los posibles conflictos que se planteen y no solo aquellos que incidan en los conflictos colectivos, sino también cuando se trata de trabajar inter partes con conflictos de naturaleza individual.

De igual modo, especialmente significativo ha resultado el impulso exponencial al que hemos asistido en materia penal, incorporándose desde el año 2000 en la Ley de responsabilidad penal del menor esta posibilidad, y favoreciéndose desde 1989 proyectos piloto de mediación penal en adultos. Probablemente, el ámbito de la mediación penal ha sido el que ha propiciado mayores posicionamientos contrarios, aun cuando ha encontrado igualmente un enorme impulso desde las doctrinas de la Justicia restaurativa, desde los

---

<sup>279</sup> Vid. las acciones de la UE en materia de consumo, especialmente el Reglamento (UE) Nº 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE así como la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Sobre estas cuestiones puede verse MARCOS FRANCISCO, D., “La mediación: ¿fórmula estrella para resolver los conflictos de consumo?”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, P. (Coords.), *El Derecho Procesal español del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 585-602.

movimientos iniciales de los abolicionistas (aunque posteriormente la rechazaron) y en las doctrinas de la Victimología que buscaban la recuperación de la víctima, entre otras<sup>280</sup>.

Como era de esperar, si la mediación penal ha penetrado en las legislaciones europeas sin vuelta atrás, en un sector en el que *ius puniendi* del Estado presenta una barrera de obstáculos que podrían ser negatorios de la misma, difícil es negar su incorporación al Derecho administrativo, aun con los condicionantes y límites que se quieran.

## V. MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Expuestas las diversas manifestaciones en torno a la mediación, hemos de analizar la respuesta que el ordenamiento jurídico ha realizado en el ámbito de la conflictividad administrativa. Asumida la premisa inicial de que las ADR en general y la mediación en particular encuentran un mayor eco en aquellos órdenes de materias que se fundamentan en la disponibilidad de los derechos e intereses que se debaten o que se encuentran en conflicto, ello no es óbice a la incorporación de la mediación en otros ámbitos jurídicos en los que concurren intereses públicos, como ha sucedido precisamente en el despegue y asentamiento de la mediación penal, como tratamos en el apartado anterior<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> Un interesante estudio sobre la mediación penal en cuanto a sus orígenes, principios, fundamentos e incardinación en el ordenamiento jurídico penal puede verse en BARONA VILAR, S., *Mediación penal*, cit.

<sup>281</sup> Como señala ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “los argumentos utilizados en contra de la utilización de mecanismos ADR en la jurisdicción contencioso-administrativa también serían extensibles por las mismas razones al empleo de mecanismos ADR, por ejemplo, en la jurisdicción penal. De hecho, tal como está aconteciendo actualmente con la jurisdicción que nos ocupa, la incorporación de la mediación penal se ha resistido tozudamente hasta fechas recientes. Podríamos afirmar que, incluso con más motivo,

El ejemplo de la mediación administrativa nos permite acercarnos a un posible modelo de arbitraje administrativo, pues, aunque se trata de figuras distintas, ambas permiten plantearse en qué supuestos o materias podría someterse la resolución de una controversia con la Administración a un juicio de un tercero. Por su parte, será objeto del Capítulo siguiente el análisis del engranaje constitucional de las ADR en Derecho administrativo, ya que lo cierto es que en nuestro país el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, así como la sumisión de la actuación administrativa a los tribunales prevista en el artículo 160 de la Constitución impiden que existan zonas exentas de revisión jurisdiccional pero no se oponen a ofrecer vías complementarias para solucionar los conflictos.

Las voces en la doctrina a favor de la implementación de la denominada mediación administrativa y la necesidad de conformar un modelo que responda a las coordenadas propias de las relaciones con la Administración es ya una realidad.

Como ya manifestáramos *supra*, no existe un modelo único de mediación, que sirva para cualquier modalidad conflictiva en atención al área de conflicto y a los sujetos implicados (tanto en calidad como en cantidad), sino que lo que caracteriza a esta institución de gestión y solución de conflictos es la heterogeneidad, lo que abre un enorme abanico de

---

*podría parecer que la jurisdicción penal es un campo vedado para las ADR y en concreto para la mediación, considerando que en el proceso penal se actúa el "ius puniendi" del estado y no está en manos de las "partes" (víctima-victimario) la decisión de si se castiga penalmente y la intensidad del castigo. Las ventajas y bondades de la mediación penal han podido, sin embargo, con las reticencias", "La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades", en BARONA VILAR, S., *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia ...*, cit., pp.332-333.*



posibilidades para su incorporación en el ordenamiento jurídico, como una pieza del sistema.

Y obviamente, no son las mismas técnicas las que se aplican si se trata de una mediación en la que interviene la Administración que cuando intervienen únicamente particulares, como tampoco lo es cuando el conflicto está directamente vinculado a la posible existencia de hechos que puedan ser constitutivos de delito, porque ni la actuación ni mucho menos las consecuencias derivadas de un posible acuerdo son las que concurren cuando estamos ante un supuesto de mediación familiar, a título de ejemplo.

Podemos, por tanto, afirmar que el estudio de la mediación debe asumir un condicionante de partida: la asimetría intrínsecamente consustancial a la esencia y fines de la mediación. Y en ese contexto asimétrico no puede perderse de vista que en el ámbito del Derecho administrativo hay un condicionante de partida: la situación de desigualdad entre las partes que se encuentran en la relación jurídica y en el conflicto, como consecuencia precisamente de la “*prerrogativa administrativa y la relación general y especial de sujeción en la que se encuentran los sujetos privados frente a la Administración*”<sup>282</sup>; este elemento será el que permitirá diseñar el modelo de mediación administrativa adecuado y respetuoso, en todo caso con el principio de legalidad.

---

<sup>282</sup> Así se recoge de forma clarificadora en la “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, en *Revista Poder Judicial*, 2013, p. 168.

## 1. ¿Por qué la mediación administrativa?

Basta acudir a la casuística de situaciones conflictivas que nos ofrecen las relaciones de los ciudadanos con la Administración para observar el reflejo de que, como apunta CARBALLO MARTINEZ<sup>283</sup>, “*la Administración tiene una presencia exorbitante en la vida pública y en las personas*”, de manera tal que efectivamente debe tratar de asegurar el bienestar a través de la “*calidad y eficiencia en la gestión de los servicios públicos*”. Es por ello que, como continúa este autor, “*la tensión entre servicio público y deberes públicos ciudadanos, junto con la difícil tarea de ponderar derechos e intereses, conduce con frecuencia a un acusado nivel de conflictividad en nuestro sistema de garantías, convirtiéndose la jurisdicción contencioso-administrativa en el enclave ordinario en el que los ciudadanos dirimen sus discrepancias*”.

En ese escenario podemos encontrar numerosas situaciones –muchas de ellas descritas por CARBALLO-, como el silencio administrativo negativo, la inactividad de la Administración, la huida del Derecho administrativo, las situaciones de hecho con efectos jurídicos, la falta de motivación en las decisiones administrativas, la ausencia de transparencia en ciertos casos o, como señala este autor, “*las distintas versiones que la potestad discrecional encarna como alternativa a una concurrencia de decisiones posibles desde la perspectiva del Derecho*”<sup>284</sup>. Son todas ellas situaciones en las que ineludiblemente se afectan los derechos de los ciudadanos y es precisamente en este escenario en el que la mediación podría favorecer el verdadero respeto de lo que la Carta de los Derechos de la

---

<sup>283</sup> CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29, enero 2013. Arbitraje y mediación, p. 3.

<sup>284</sup> CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa”, cit., p. 4.

Unión Europea (2007/C 303/01) ha denominado, en su artículo 4,1º, “*derecho de buena administración*”<sup>285</sup>.

La mediación administrativa tendríamos, por tanto, que ubicarla en el marco del respeto al derecho de los ciudadanos a una buena administración; una Administración que no se limite a regular mediante normas, sino también que ofrezca, en el marco de la seguridad jurídica, los medios adecuados para que el ciudadano pueda plantear su disconformidad con mecanismos alternativos al procedimiento administrativo y contencioso-administrativo.

Frente a esta opinión podría sostenerse que el Derecho administrativo ha sobrevivido históricamente sin incorporar la mediación administrativa, ofreciendo para la tutela de los administrados ya la vía del procedimiento administrativo o la jurisdicción contencioso-administrativa, y que, por tanto, el introducir un modelo consensuado podría frustrar los principios sustanciales del Derecho administrativo.

En este sentido, es ineludible que históricamente hemos convivido con ambas vías, la del procedimiento administrativo y la del proceso contencioso-administrativo, que han ofrecido esa tutela del derecho a la buena administración. Pero pese a ello, no podemos negar, igualmente, que cada vez más las relaciones jurídico-administrativas son complejas, mucho más complejas, y generan situaciones como las descritas que provocan en muchos casos –y desgraciadamente cada vez más– una insatisfacción en la ciudadanía, que siente como el modelo actual no logra dar respuesta a sus

---

<sup>285</sup> Dispone expresamente este art. 41: 1. *Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*

necesidades, tanto por los resultados poco satisfactorios alcanzados, como por el trato recibido y por los tiempos que demoran. Todo ello propicia una sensación de desprotección de los ciudadanos frente a la Administración.

La estrategia para paliar esta situación y ofrecer respuestas no se encuentra ni en el procedimiento administrativo en sí mismo considerado, ni por el proceso contencioso-administrativo. De ahí lejos de ser considerada una vía alternativa, la mediación puede convertirse en el complemento perfecto de las anteriores, cubriendo aquellos espacios que éstas no pueden y ni deben alcanzar.

En otras palabras, la mediación administrativa introduce grandes dosis de modulación e interpretación –dentro de la absoluta legalidad- de los fines de la Administración, integrando claramente el interés general –obvio fin de la Administración- con la buena gobernanza administrativa así como con la necesidad, como apunta GIL-ROBLES<sup>286</sup>, *“en la sociedad actual de que la Administración se convierta en una administración relacional, que promueva la confianza de los ciudadanos, escuchando y reconociendo sus diferencias, sin olvidar los intereses público”*. Se trataría con la incorporación de la mediación administrativa de lo que este autor denomina como la creación de *“una relación diferente entre la Administración y la sociedad, un modo de abordar los conflictos que surjan en el diseño y aplicación de las políticas públicas a través del diálogo y la búsqueda de soluciones satisfactorias para las partes implicadas”*.

Vivimos en una sociedad compleja, en la que las relaciones jurídicas se han multiplicado y se han transformado; la sociedad ha evolucionado

---

<sup>286</sup> GIL ROBLES, A., “La mediación administrativa como alternativa”, en *Revista Poder Judicial*, n. 94, 2012, p. 40.

favoreciendo la manera de confeccionar estas relaciones, incluso de forma más sencilla y ágil como lo pueden ser los medios electrónicos e informáticos, y la transformación de la sociedad global.

Hemos asistido y asistimos a un cambio de paradigma también en la conformación de los medios o instrumentos que el sistema jurídico en su conjunto ofrece<sup>287</sup> a quienes se encuentran inmersos en esas relaciones jurídicas que por calidad, cantidad y complejidad, son altamente favorecedoras de los conflictos. Ahora bien, estos mecanismos que se presentan de forma plural ante la necesidad de solventar los conflictos jurídicos (también los administrativos) no son iguales, y no lo son porque los protagonistas son diversos, sus funciones también lo son, y las reglas de actuación difieren.

En ese escenario la mediación se presenta como un medio que puede cubrir precisamente espacios que no son capaces de proteger ni el procedimiento administrativo ni el proceso contencioso-administrativo. Y en el mismo sentido creemos que es posible integrar en esos espacios a la institución arbitral, por las razones que expondremos y en el modelo que desarrollaremos en los capítulos siguientes, y de ahí que vayamos a dedicar algunas páginas de este trabajo a referirnos a la mediación administrativa, aun cuando no sea objeto de este trabajo el estudio detallado de dicha institución.

La mediación administrativa puede presentarse como una vía para que los conflictos se puedan plantear bajo el paraguas de dos pilares esenciales, la legalidad y la equidad, pero con una clara vocación de integrar en la solución de estos conflictos administrativos a los ciudadanos, lo que

---

<sup>287</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y “Access to Justice”..., cit., pp. 48 y ss.

en palabras de BOUMAKANI<sup>288</sup> se denomina el “*reequilibrio entre la relación administrativa y la participación ciudadana*”, o lo que CARBALLO denomina como el medio para reforzar la confianza del ciudadano en la Administración<sup>289</sup>.

Esa idea de participación ciudadana casa muy bien en un modelo no litigioso como es el de la mediación, que ejercería no solo una función de integración de los ciudadanos en la búsqueda de las soluciones a los conflictos jurídicos en los que estuvieren afectados, sino que propiciaría una función preventiva igualmente de los conflictos entre la Administración y los sujetos afectados por la actuación de ésta. Como señala la última de las Conclusiones del Seminario “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa”, realizado en mayo de 2013, por el Consejo General del Poder Judicial, “*la mediación administrativa y judicial contenciosa, como institución que promueve el diálogo civilizado, triangular y directo entre los ciudadanos y la Administración para la resolución de sus controversias jurídicas, debe servir para introducir en las prácticas de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena Administración, reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, orientando en este sentido las decisiones de los Tribunales contencioso-administrativos*”.

El momento es el adecuado para integrar esta figura de la mediación en el sector de la Administración, dado el momento de fascinación que

---

<sup>288</sup> BOUMAKANI, B., “La Médiation dans la vie administrative”, en *Revue du droit Public*, num. 3, 2003, p. 884.

<sup>289</sup> CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa”, cit., p. 5.

vivimos ante esta institución. El protagonismo de la mediación en la legislación es innegable, y no solo en España sino también en el ámbito internacional y supranacional. Si bien el punto de inflexión se produce con la aprobación de la ya citada Directiva 2008 relativa a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la propulsión sucesiva de la institución –e incluso la que tímida pero imparablemente ya se venía realizando, como sucedió en España desde las legislaciones autonómicas- en otros órdenes de materias ha sido constante, alcanzando a todos los sectores y abrigando altas expectativas en sus resultados, aun cuando la realidad no ha mostrado hasta el momento esas expectativas en números razonables.

Dicha fascinación se entronca en un momento ideológico y político muy favorable a la misma, puesto que se ha ido paulatina pero imparablemente cambiando el modelo de Estado, abandonando o desdibujando algunos de los viejos postulados del Estado liberal e incluso del Estado social prototípico del siglo XX<sup>290</sup>. En este contexto, la propia Administración y sus instituciones están experimentando una transformación.

En ese contexto en el que hay menos Estado y más sociedad civil instrumentos de consenso son más que bien recibidos. Las coordenadas político-económicas son adecuadas y probablemente el modelo de Justicia que se presenta en la actualidad, un modelo en movimiento y a la búsqueda de medios que no sean necesariamente alternativos sino complementarios

---

<sup>290</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia integral y “Access to Justice”, cit., pp. 48-51. La autora, aun cuando referido el cambio de paradigma en el Siglo XXI a la Justicia, explica que se vive en el S. XXI un gran impulso global de cambio, de evolución, de transformación y de metamorfosis, con un escenario que califica de “*complejo, diríase que inquietante y paradójicamente contradictorio, en el que elementos endógenos han penetrado y han alterado los viejos postulados de la Justicia como elemento intrínsecamente vinculado a “lo público”, “al Estado”, a lo nacional”*”.

a lo existente, como sucede con la mediación, acoge favorablemente esas transformaciones en el marco del Derecho administrativo.

Sin embargo, no se debe caer en la visión economicista de ver a la mediación como una fórmula de descargar trabajo a los tribunales, utilizado como argumento a la hora de formular propuestas en este sentido<sup>291</sup>. Así lo ha sabido expresar muy adecuadamente ETXEBERRÍA GURIDI<sup>292</sup>, opinión que compartimos. Crítica este autor la Recomendación R(2001) 9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre formas alternativas de solución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas, de 5 de septiembre de 2001, dado que en su Preámbulo hace referencia a la Recomendación R (86) 12, relativa a determinadas medidas orientadas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales, mencionándose precisamente entre ellas la de estimular, en los casos en que así se consideren adecuados, la solución amistosa de las diferencias, ya sea al margen del orden jurisdiccional, ya sea con carácter previo o durante el procedimiento jurisdiccional.

Resulta evidente que si la mediación administrativa se integra como un componente de la Justicia administrativa es también porque se trata de una manera de paliar una situación de absoluto colapso en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero no podemos ser reduccionistas y observar que un instrumento como el de la mediación sirve para

---

<sup>291</sup> BARONA VILAR, S., “Justicia integral y “Access to Justice”, cit., pp. 55-56.

<sup>292</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades”, cit., pp. 333-334: “*el alivio de la sobrecarga de trabajo de los tribunales no ha de ser un factor determinante a la hora de impulsar las ADR. (...) éstas han de aportar por sí mismas un valor añadido que justifique que en determinados supuestos, la solución del conflicto a través de dichos mecanismos resulta, con carácter general, pero sobre todo para los sujetos implicados, más adecuada que la solución judicial.*”



eliminar papel o reducir trabajo de los jueces de lo contencioso, sino que hay que valorarla igualmente en su conjunto, en cuanto permita cubrir el espectro que los ciudadanos exigen a los poderes públicos en cuanto a las garantías de tutela en el ámbito de los conflictos frente a la Administración.

## **2. Clases de mediación administrativa**

Llegados a este punto, debemos acotar algunas cuestiones en relación con el régimen aplicable a la mediación administrativa, a saber, en primer lugar, abordaremos la cuestión de las posibles modalidades que podemos encontrar, para referirnos posteriormente a aquellos límites que innegablemente van a condicionar la viabilidad de la misma.

### **2.1 Mediación administrativa**

Debemos referirnos a las diversas modalidades de mediación administrativa porque cabe pensar en una posibilidad de mediación en sede meramente administrativa, que ya venía amparada en el derogado –pero en aquel momento significativo– art. 107.2 de la LRJPAC<sup>293</sup>, cuando permitía la sustitución del recurso de alzada y del recurso de reposición, por otros mecanismos, entre los que citaba precisamente a la mediación (además de la conciliación y el arbitraje).

---

<sup>293</sup> Este artículo se completaba con el art. 88 de la misma Ley, en el que se regulaba por vez primera una forma de actuar convencional en la terminación del procedimiento administrativo, y esas formas convencionales podían desplegarse en el marco del mismo procedimiento o precisamente de forma alternativa a la finalización del procedimiento mediante un acto o una resolución administrativa.

Cuestión distinta es la virtualidad práctica de este precepto y las reticencias que mostraron algunos sectores doctrinales en torno a estos mecanismos, especialmente referidos al significado y los límites de las potestades administrativas. Positiva fue la posición de SÁNCHEZ MORÓN cuando hace referencia precisamente a que en el ámbito de estas potestades hay algunos elementos de discrecionalidad, fruto precisamente de que no se trata de un proceso lógico dominado de forma exclusiva por el razonamiento jurídico, “*sino que es también, al mismo tiempo, un proceso volitivo de decisión que ha de tener en cuenta otros elementos*”<sup>294</sup>; posición que también encontramos en PAREJO ALFONSO, al referirse a las posibles soluciones imaginativas que puede asumir la Administración en ciertos casos como sucede cuando de una norma se pueda derivar más de una opción alternativa a la hora de ejecutarla<sup>295</sup>.

Es interesante observar que, pese a los inconvenientes que se exponían en la doctrina, no excluyentes, pero sí limitativos de la mediación administrativa en atención al ejercicio de las potestades administrativas, la actual LPAC recoge íntegramente el tenor precepto anterior. Así, su artículo 112.2 dispone que “*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*

---

<sup>294</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 113-114.

<sup>295</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 213.

*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*". Es, por tanto, una transcripción literal del viejo artículo 107.2 de la LRJPAC.

Es más, en el artículo 114 se establece que se pone fin a la vía administrativa a través de varias vías, destacando el apartado d) del párrafo 1 de este precepto la de "*los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento*".

Todo ello sin olvidar el precepto que asume la premisa mayor, a saber, la posibilidad de que existan acuerdos, pactos y convenios en el ámbito de la Administración. En la actualidad este precepto es el artículo 86.1 (*Terminación convencional*) de la LPAC, al que ya nos hemos referido, que es perfectamente aplicable como fundamento de la mediación administrativa, de la mediación contencioso-administrativa (intrajudicial) e incluso de la conciliación y del arbitraje.

Sin embargo, los citados preceptos han quedado en papel mojado, y su incorporación a la LRJPAC, y actualmente a la LPAC, no han supuesto un impulso real de estos medios alternativos. Lo cierto es que ambos preceptos no han sido objeto de desarrollo normativo posterior ni han gozado de una verdadera aplicabilidad.

En tal sentido, siguiendo a CARBALLO MARTINEZ, podemos concluir:

1.- Es posible la convivencia entre la potestad reglada administrativa y la potestad consensual o concertada de la administración.

2.- Hay determinados ámbitos en los que la mediación administrativa puede ser especialmente recomendable, de ahí que este autor cite especialmente aquellos que se encuentran en el campo de los conceptos jurídicos indeterminados o lo que el autor llama los “estándares jurídicos”, que permiten valorar “*situaciones paradigmáticas en las que se trate de apreciar la existencia de trabajo digno, justa causa, urgencia vital, mala fe o temeridad*”, dado que en relación a ellos la mediación puede llegar a desempeñar una “*más clara y mejor adaptación del concepto jurídico a la solución justa que haga posible su determinación para el supuesto concreto que se esté examinando*”. Y sigue apuntando este autor, “*en el ámbito disciplinario, en el sancionador administrativo o en el escenario de os derechos sociales donde estos conceptos operan con normalidad y en los que la mediación ya constituye una alternativa a la vía de los procedimientos estandarizados (conflictos disciplinarios, empleados públicos, conflictos en el marco de la salud.)*”.

3.- Finalmente, habrá que conseguir que quien represente a la Administración en una mediación y, por tanto, quien vaya a intervenir en la posible conformación de un acuerdo, cuente con la potestad suficiente para poder participar directamente en la misma, y no solo participar sino también “*comprometer su voluntad administrativa a través de una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento, sin necesidad de*

*pasar, indeclinablemente, por os trámites de elaboración de informes previos o testimonios de los servicios jurídicos”<sup>296</sup>.*

## **2.2 Mediación “intrajudicial” contencioso-administrativa**

Nos referimos en este apartado a la mediación que puede producirse en un proceso contencioso-administrativo. La denominación más correcta probablemente sería la de “mediación intraprocesal”, si bien se ha venido empleando el término “intrajudicial”.

Salvado este escollo lingüístico, nos encontramos ante la mediación que se va a poder desarrollar estando pendiente el proceso contencioso-administrativo. Su delimitación y notas características difieren de cualquier otra modalidad de mediación intrajudicial-intraprocesal, dado que en el ámbito de la mediación administrativa derivada de un proceso contencioso-administrativo los sujetos no actúan en el proceso desde los mismos parámetros que en cualquier otra mediación.

Aquí hay partes constituidas por los sujetos privados y por la Administración, teniendo en cuenta los límites –que no propiamente impedimentos-, para llevar a cabo actuaciones en mediación que propicien resultados consensuados.

---

<sup>296</sup> CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, cit., pp. 16-17.

### *2.2.1 Notas características*

A la hora de delimitar las notas que permiten caracterizar esta modalidad de mediación administrativa debemos considerar:

1.- Es un cauce complementario del proceso contencioso-administrativo, consistente en la intervención de un mediador o un equipo mediador que trabaja con las partes para poder llegar a un acuerdo consensuado, que puede desarrollarse en cualquier fase procesal, esto es, ya pendiente el proceso contencioso-administrativo o ya incluso en fase de ejecución de sentencia.

Como cualquier mediación que se desarrolla para gestionar y solventar conflictos jurídicos, el procedimiento de mediación no sustituye a la decisión jurisdiccional, sino que facilita la intervención de las partes en la búsqueda del consenso, favoreciendo el acuerdo allá donde es posible desde los límites de la Administración y el interés público afectado. Esta tarea en mediación puede favorecer a medio y largo plazo una transformación de la relación Administración-ciudadanía, generando una nueva perspectiva relacional entre ambas partes. Asimismo, la mediación derivada de un proceso contencioso-administrativo favorece la reducción de la litigiosidad dado que, aun cuando el acuerdo se incorpora al proceso, éste, el proceso mismo, queda altamente minimizado por la actividad desplegada en mediación.

2.- Dada la asimetría de los sujetos que intervienen, debe tenerse en cuenta que, por un lado los sujetos privados tienen capacidad para disponer de sus derechos (siempre que éstos sean disponibles) en atención a sus propios intereses, mientras que la Administración necesita de un régimen

de autorización en la toma de decisiones, lo que debe efectuarse, si se pretende que la mediación prospere, desde la regulación de mecanismos que sean ágiles para la adopción de acuerdos administrativos que autoricen a los representantes legales de la administración para allanarse o transigir en sede judicial<sup>297</sup>.

3.- El mediador debe ser profesional experto en materias administrativas, tercero ajeno al conflicto, a las partes y no estar ejerciendo las funciones heterocompositivas (juez o magistrado). Su labor es esencial en cuanto conocedor de la materia y no para proponer la solución a las partes, pero sí para entender el escenario en el que se está suscitando el conflicto, que exige en todo caso el equilibrio entre los intereses públicos y los intereses privados en juego.

La ausencia de desarrollo normativo en relación con un régimen jurídico o estatuto del mediador administrativo impide que podamos considerar quiénes serían los más adecuados para el ejercicio de esta función. Nada obsta a que lo fueran mediadores externalizados, que otorgarían una mayor neutralidad que si la función mediadora se atribuye a letrados o representantes de la administración, o incluso hay que se pronuncia a favor de que fueren los Letrados de la Administración de Justicia (anteriormente Secretarios Judiciales)<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> Conclusión Quinta del Seminario “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa”, dirigido en el Consejo General del Poder Judicial por Concepción García Vicario y Gerardo Carballo Martínez.

<sup>298</sup> MOYA MEYER, L.H., “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 154-2009, Consejo General del Poder Judicial, 2010, p. 2. Podría considerarse como fundamento de esta posición el art. 456.6 LOPJ que atribuye a los Letrados de la Administración de Justicia competencia para conocer de la conciliación y de la mediación.

### 2.2.2 *Fundamento legal*

En la actualidad no existe una regulación específica en materia de mediación administrativa ni de mediación intrajudicial contencioso-administrativa. Ello no es óbice, como se ha expuesto, a la existencia de normas que amparan su existencia. Las normas que hemos referenciado, tanto el artículo 86 –fundamento esencial de la actividad consensual también en la Administración y con la Administración- como los artículos 112 y 114 de la LPAC, ofrecen una respuesta legislativa incompleta, pero es más que una mera declaración de intenciones. Están permitiendo justificar la posibilidad de los acuerdos en los conflictos administrativos, sin perjuicio de los condicionantes que existen o que pueden existir en la actual legislación o en normas futuras.

En sede ya contencioso-administrativa, el artículo 77 de la citada LPAC permite cubrir la fundamentación existencial de la mediación (o conciliación igualmente), si bien es absolutamente incompleta para sostener la expansión de la mediación administrativa derivada de un proceso contencioso-administrativo. Este precepto dispone:

*“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.”*

Encontramos ya una suerte de apoderamiento legal de la mediación<sup>299</sup>, si bien no es en absoluto suficiente para su verdadera implementación en nuestro país, pese a que la intencionalidad del legislador español ha sido, en este sentido, receptiva en algunos momentos a su expresa conformación. Así, a título de ejemplo, conviene referirse al texto del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y regulación del arbitraje en la Administración General del Estado, de 19 de febrero de 2010, que en su Disposición final tercera presentaba una modificación del artículo 77 de la LJCA en los siguientes términos: *“En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda*

---

<sup>299</sup> Así lo denomina ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades”, cit., p. 340.

*y la contestación, someterá 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. En este supuesto el juez o Tribunal podrá imponer a las partes el sometimiento a mediación de acuerdo con la legislación reguladora de la mediación.”* Sin embargo, este texto no cuajó, tal vez porque ofrecía un apoyo a la mediación con los condicionantes legalmente establecidos, si bien ya otorgaba algunas reglas de coordinación entre el proceso y la mediación.

En efecto, asistimos en este punto a un contexto peculiar en el que hay suficientes fundamentos legales para justificar la mediación intrajudicial, si bien no existe el soporte jurídico adecuado para desarrollar la misma, más allá de los proyectos piloto, auspiciados por el Consejo General del Poder Judicial, que han permitido un enorme bagaje para su puesta en práctica. Dichos proyectos han enriquecido el panorama en esta materia, poniendo de manifiesto que no solo es posible sino en muchos casos conveniente impulsar el consenso, el pacto, el acuerdo, y mejor que eso que se lleve a cabo a través de un facilitador o un equipo de facilitadores, a través de la mediación.

Sentados los anteriores fundamentos legales nacionales, lo cierto es que la cobertura europea para estos procedimientos de mediación es una realidad. Podemos destacar la aprobación de la Recomendación R (2009) 1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, norma vinculada a la Recomendación (86)12 del

Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a determinadas medidas orientadas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Ambas ponen de relieve el impulso realizado desde Europa para la implementación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles desde la Directiva 2008/52/CE<sup>300</sup>.

Por consiguiente, la mediación no es ya un instrumento ajeno, lejano y sin posibilidad de implementación como cauce de gestión y/o solución de conflictos en el Derecho administrativo. Es más, su llegada parece haberse producido para no marcharse. Sin embargo, requiere para convertirse en realidad no solo diseñar proyectos voluntarios y voluntaristas, que tienen obviamente un valor inestimable, sino diseñar un régimen adecuado para la mediación administrativa, en el que no solo la norma habilitante la presente, sino que se determinen quién o quiénes pueden ser mediadores en este tipo de conflictos y cuáles serían los nexos de coordinación con los órganos administrativos y sobre todo con los jueces del orden contencioso-administrativo. En este sentido, convendría establecer unas mínimas reglas de garantías procedimentales que establecieran cuanto menos de forma imprescindible, por un lado, la posible suspensión del proceso y las normas sobre prescripción de las acciones ejercitables, a razón del valor jurídico que el acuerdo adoptado en mediación va a tener; valor que vendrá directamente relacionado con la integración del acuerdo en el propio proceso contencioso-administrativo. Todo ello, por supuesto, con el debido respeto

---

<sup>300</sup> Aun cuando se trate de asuntos civiles y mercantiles es indudable que la Directiva de 2008 ha propiciado la incorporación de la mediación en los ordenamientos europeos. La Ley 5/2012, de 6 de julio española es una prueba de cuanto decimos. Y puede servir, aun cuando no en su régimen jurídico concreto, sí para determinar qué es la mediación, la importancia de la figura del mediador, la necesidad de garantizar la eficacia jurídica del acuerdo, la relación pendencia de la mediación-pendencia del proceso, etc.

al artículo 77.3 de la LJCA, que condiciona la eficacia procesal del acuerdo a que éste no lesione el interés público, dado que si así lo hiciera, el juez no lo homologará<sup>301</sup>. Así, el auto judicial que homologa el posible acuerdo tiene fuerza ejecutiva, de conformidad con el artículo 113 de la LJCA.

A la mediación administrativa volveremos a referirnos en el Capítulo cuarto, cuando nos refiramos al posible ámbito material de un arbitraje administrativo, de cara a analizar aquellos supuestos en los que la indisponibilidad impide el acuerdo y, por ende, cualquier mecanismo de ADR, e identificar aquellas materias detectadas en los distintos proyectos piloto como susceptibles de mediación. Es por ello que la experiencia siquiera teórica de la mediación administrativa, debe servirnos para plantearnos la conformación de un posible modelo de arbitraje administrativo.

---

<sup>301</sup> Como señala SANTAMARÍA PASTOR, J.A será el juez el que fiscalizará esta situación, desde “*criterios absolutamente ajenos al Derecho, que son los únicos que formalmente puede manejar un órgano jurisdiccional*”, en *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios*, Madrid, Iustel, 2010, p. 777.

# **CAPÍTULO TERCERO. INCORPORACIÓN DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**

## **I. PLANTEAMIENTO GENERAL**

Abordar la incorporación del arbitraje en el Derecho administrativo nos ha permitido en los Capítulos anteriores ofrecer una exposición acerca del punto de partida del ordenamiento jurídico administrativo y de su evolución progresiva, incluso exponencial, que en los últimos años ha experimentado. Una evolución que ofrece respuestas a muchos interrogantes que pueden suscitarse cuando nos enfrentamos a la interesante tarea de integrar en Derecho administrativo, lo que es una realidad en el Derecho privado, la expansión de las vías extrajudiciales de solución y resolución de conflictos, incluso de prevención de los mismos, a través de la permisibilidad de acuerdos, convenios, pactos, conciliaciones, mediaciones y también arbitrajes.

Hemos analizado hasta el momento, de dónde venimos y dónde nos encontramos en materia de resolución de controversias en Derecho administrativo. Para ello, hemos explicado la evolución de las relaciones entre sociedad y Administración, la incorporación de formas negociales a la actuación administrativa y la transformación del propio Derecho administrativo y de la conflictividad administrativa. Ello nos lleva, como ya hemos anticipado en Capítulos anteriores, a plantearnos la necesidad o la adecuación de incorporar al Derecho administrativo nuevos mecanismos de resolución de conflictos, y en concreto, el arbitraje.

Muchos de los argumentos que fueron esgrimidos para fundamentar esas manifestaciones de la nueva Justicia administrativa, que permite hablar de conciliación, mediación, negociación y en suma transacciones,

convenios y acuerdos, pueden ser extrapolados al estudio del arbitraje en el Derecho administrativo. Y esto es así porque, como ya expusimos en el Capítulo segundo, es posible incorporar ese concepto de Justicia integrada que ofrece una “*multy-doors Justice*”, desde la que los administrados e incluso las propias Administraciones, pueden gestionar sus conflictos buscando la vía o el medio más adecuado a cada caso concreto, generando una nueva política relacional que sin lugar a dudas desconflictiviza, e incluso previene la posibilidad de multiplicar los conflictos existentes en el seno de las relaciones con la Administración.

En ese nuevo contexto emerge con fuerza la figura de una institución heterocompositiva, como el arbitraje, cuya realidad en sectores privados y empresariales ha sido y es indudable<sup>302</sup>. Sin embargo, esta institución viene encontrando recelos en materia de Derecho administrativo debido a la garantía del interés público a la que deben servir las actuaciones de la Administración, así como el debido respeto al principio de legalidad como base de actuación de la Administración<sup>303</sup>. Debemos, por tanto, plantearnos si resulta posible incorporar el arbitraje al Derecho administrativo, y si ello sería posible considerando el modelo constitucional actual.

---

<sup>302</sup> Como señala MESTRE DELGADO, J.F., “*suscita en los ciudadanos, y en muchos operadores jurídicos, una suerte de estupor al constatar el auge que ha adquirido el arbitraje en la resolución de conflictos entre sujetos privados (tanto en la regulación como en la aplicación efectiva) y al aparente respaldo en otras normas o declaraciones, frente a la excepcionalidad que presenta en el ámbito del Derecho Administrativo*”, “El arbitraje en el Derecho Administrativo”, en BARONA VILAR, S. (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 354.

<sup>303</sup> En este sentido se muestra MESTRE DELGADO, J.F., cit., p. 355 cuando se refiere a “*la noción central del interés público, que disciplina constitucionalmente (art. 103.1) el comportamiento de las Administraciones Públicas mediante un carácter marcadamente finalista, que constituye el fundamento y la justificación de su actuación. También es preciso aludir al principio de legalidad como directriz de su comportamiento, como subraya el artículo 103.1 in fine de la Constitución al imponer que se actuación se produzca siempre con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.*”

Adicionalmente, expondremos en este Capítulo ejemplos que evidencian una cierta apertura del legislador español a la incorporación del arbitraje en determinados sectores específicos del Derecho administrativo. Todo ello de cara a delimitar en el último Capítulo de este trabajo, los elementos esenciales de un posible modelo de arbitraje administrativo.

## II. EL ARBITRAJE: ORIGEN, DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PRINCIPIOS

Aun cuando ya fue objeto de análisis en el Capítulo segundo de este trabajo el origen de las ADR, resulta preciso remontarnos al origen específico del arbitraje para conocer su significado, a partir del cual configurar no solo su delimitación conceptual sino los principios del modelo arbitral.

Debemos descartar esa falsa visión que podría llevar a entender y creer –así lo apunta BARONA VILAR- que “*el arbitraje es un producto de la modernidad, una institución que surge bien avanzado el siglo XX, un producto de la economía desarrollada, de la globalización, del mundo occidental*”. Nada más lejos de la realidad, el arbitraje es una institución que presenta un anclaje histórico innegable, pese a la aparición en los últimos tiempos de una “*serie de sintomatologías*” que pueden dar esa falsa apariencia. Así, “*esa posición podría sustentarse en numerosos factores (...) que se refieren bien a la aparición de nuevas normas sobre arbitraje, a la reformulación de las ya existentes, a la creación de arbitrajes o el empleo del término “arbitraje” incluso en algunos supuestos que no lo son; surgen Centros de arbitraje, los abogados quieren ser árbitros, y la Administración ha visto en el arbitraje o pseudónimo del mismo en muchos casos un medio para no sucumbir ante la*

*Jurisdicción del Estado.*” Todo esto implica, como señala esta autora y compartimos, “*que algo ha cambiado, o si se quiere está cambiando, si bien no por ello puede considerarse que ha nacido una nueva institución jurídica*”<sup>304</sup>.

Un paseo por la Historia resulta altamente ilustrativo para desmontar los fantasmas de la modernidad en materia de arbitraje.

## 1. Origen del arbitraje

Aun cuando no es totalmente pacífica, se viene sosteniendo por un sector de la doctrina la idea de que el origen de la institución puede encontrarse en el Derecho romano y, por ende, presenta una larga vida jurídica que ofrece una gran riqueza como institución heterocomponente. Su presencia durante tantos siglos de Historia jurídica ofrece, cuanto menos, un fundamento profundo para quienes no encuentran en el arbitraje justificación alguna.

La afirmación de que el origen del arbitraje pudiera hallarse en el Derecho romano debe matizarse, dado que dicho Derecho evolucionó en varias etapas, siendo en su conformación muy importante el modelo político existente en cada momento y con ello la posible consideración de mayores o menores dosis de disponibilidad. Cuanto más autoritario fuera el modelo político romano, menos espacio se dejaba a la disponibilidad y más control férreo se llevaba a cabo por quienes detentaban el poder. Esto nos lleva a afirmar que, aun cuando legislativamente hablando, la institución arbitral se sucedió en las diversas normas que le dieron sustento legislativo, su realidad y virtualidad práctica fue discontinua.

---

<sup>304</sup> BARONA VILAR, S., “Arbitraje, elemento de tutela esencial en el Derecho Procesal”, en MENDOZA DÍAZ, J. (Coord.), *Panorama del Derecho procesal cubano*, Estudios Latinoamericanos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 47-48.



Así, fue en el Derecho romano cuando y donde la institución del arbitraje encontró un sustento importante. Se admitía la decisión de las partes de nombrar un árbitro o *arbiter ex compromissu*, sometiéndose aquéllas al fallo que el árbitro emitiera; y esta posibilidad encontraba acomodo en las *obligationes ex pacto* a través de las instituciones del *compromissum* y del *receptum arbitri*<sup>305</sup>. La articulación conjunta de estos componentes venía a confeccionar una institución –arbitraje–, en la que intervenía el *arbiter* como eje fundamental del modelo heterocomponedor.

Aun cuando se diferenciaba entre el *iudex* y el *arbitri*, especialmente por el carácter privado de éste, el árbitro estaba investido de funciones jurisdiccionales. Pese a considerarse que este solo poseía *auctoritas* mientras que el *magistratus iudex* disponía de *auctoritas* y *potestas*, se ha mantenido, aunque no de forma unánime en la doctrina, que el arbitraje fue el origen del proceso<sup>306</sup> o, en palabras de D'ORS, el juicio por un árbitro no oficial fue realmente la primera forma de hacer Justicia<sup>307</sup> en el sentido de fórmula heterocompositiva, esto es, obviando las formas de autotutela o del sistema del “ojo por ojo, diente por diente”. A medida que era un tercero, imparcial, el que intervenía para tratar de resolver el conflicto de la forma más adecuada, pero imponiendo la decisión a las partes, empezó a formularse un modelo diverso.

Téngase en cuenta, en todo caso, que este nacimiento y esta consolidación del arbitraje viene marcada por unas coordenadas muy claras: el arbitraje

---

<sup>305</sup> BUIGUES OLIVER, G., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, Madrid, Montecorvo, 1990.

<sup>306</sup> WLASSAK, M., “Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren”, en *ZSS* 25 (1904), p. 139, nota 1.

<sup>307</sup> D'ORS PÉREZ-PEIX, A., “La experiencia histórica del arbitraje jurídico”, en *Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación* 15-16, 1993, 3648.

es una manera seria, segura, profesionalizada y evolucionada de resolver los conflictos, si bien esos conflictos venían referidos a la conflictividad privada, que era la que, salvo una pequeña parcela del Derecho que quedaba controlada por el Estado, lo que correspondería al Derecho Penal, eran de naturaleza privada. Es por ello que estamos ante una figura creada, al origen para resolver conflictos entre privados.

Podemos considerar esos dos posibles datos como interesantes desde el punto de vista del origen del arbitraje: por un lado, que en el Derecho romano se encuentra regulado y se entiende que se impulsó la institución arbitral desde las coordenadas expuestas; y, en segundo lugar, que el arbitraje nació muy estrechamente vinculado a los conflictos de naturaleza privada.

Dejando de lado el debate sobre si el arbitraje antecedió o no al proceso judicial, es incuestionable que la institución arbitral no desapareció, pese al fortalecimiento del Estado y a la progresiva institucionalización del modelo de Justicia con profesionales estáticos que venían siendo designados de una u otra forma desde el poder político y que actuaban a través de un proceso estático. Es más, fue asentándose y consagrándose en las normas en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos regulados.

Su presencia en la Historia jurídica española es indudable, como lo muestran las diversas normas que a continuación pasamos a exponer someramente. Y ello pese a que también ha sido a lo largo de la Historia cuando se ha podido presenciar una pérdida de práctica arbitral propiciado o justificado en el fortalecimiento de un modelo institucionalizado del Estado al que, indudablemente, molestaba en ciertos momentos históricos la solución “privada” que podía ofrecerse desde los árbitros (privados).

Partiendo de que el Derecho español ha sido “*tributario en gran medida de la tradición romana*”<sup>308</sup>, la incorporación del arbitraje como institución jurídica en aquél respondía a esa influencia romana, y se mantuvo a lo largo de la Historia jurídica española con una presencia indubitada en la legislación. Como institución presentó acomodo en las diversas normas que se sucedieron, si bien no por ello la vida jurídica de esta institución ha sido pacífica<sup>309</sup>.

Un breve repaso a la Historia española del arbitraje<sup>310</sup> permite ilustrar cómo el legislador español fue consolidando la institución arbitral en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando no resulta de interés para este trabajo el analizar con detenimiento el origen de una figura que fue configurada para resolver conflictos privados. Si bien hay momentos de la Historia, como el Breviario de Alarico del año 506, en el que la institución arbitral se presentaba desde una perspectiva exclusivamente privatista, fueron varios los momentos legislativos en que la aproximación entre los jueces y los árbitros se hicieron patentes. A título ejemplificativo, en el *Liber Iudiciorum* (año 654) el arbitraje se aproximaba a la concepción judicialista; y lo mismo sucedió en el *Fuero Juzgo*, y en el desarrollo de los Fueros propios del *Derecho local o Municipal*. E igualmente se mantuvo esa equiparación entre juez y árbitro en el Fuero Real, en el *Espéculo*, así como en las Partidas de Alfonso X el Sabio, manteniéndose la regulación de las Partidas hasta la codificación<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> HERNÁNDEZ-GIL ALVÁREZ-CIENFUEGOS, “Título I. Disposiciones Generales”, en MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 21.

<sup>309</sup> Sobre la evolución histórica y algunas reflexiones sobre la misma Vid. BARONA VILAR, S., “Introducción”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2 ed., pp. 60 y ss.

<sup>310</sup> Hemos seguido en esta evolución la obra de MERINO MERCHÁN, A., *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, 1981, especialmente pp. 38-41 y BARONA VILAR, S., “Introducción...”, cit., pp. 60 y ss.

<sup>311</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción...”, cit., pp. 60-61.

En el periodo de la codificación se sintió la visión revolucionaria francesa y el espíritu burgués. Los grandes principios de igualdad, libertad y fraternidad se alzaban frente a un modelo absolutista caracterizado por el control absoluto del monarca. En ese contexto político mantener una institución como el arbitraje, que respiraba libertad de decisión, autonomía de la voluntad, etc., casaba bien con los ideales revolucionarios. Se incorporó así esta institución en las normas aprobadas en el siglo XIX. Si bien es cierto que a la misma se referían tanto el Código de Comercio de 1829 como el Código Civil de 1889, la regulación era de remisión, esto es, ambos Códigos derivaban a la norma procesal. Como señala BARONA VILAR<sup>312</sup>, en ese momento el arbitraje venía presentado desde una concepción claramente procesal, lo que significaba que aun cuando formaba parte de lo que podía considerarse en ese momento “Derecho privado”, la fuerza de los componentes procesales de la institución ahondaban en este dato para su caracterización.

La presencia del arbitraje en las normas aprobadas a lo largo del siglo XIX fue constante. Prueba de ello es la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830, que destinó su Título VI al juicio arbitral. Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, dedicó los títulos XV y XVI al mismo, diferenciándose entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad; el título XV se denominaba “*Del juicio arbitral*”, y el Título XVI, “*Del juicio de amigables componedores*”. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero, se refería en el Título V del Libro II, “*De los juicios arbitrales y de los amigables componedores*”, dividido en dos Secciones (la

---

<sup>312</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción...”, cit., p. 61, nota 7.

primera se dedicaba a los juicios arbitrales, y la segunda, a los amigables compondores)<sup>313</sup>.

Junto a la consolidación legislativa del arbitraje en la etapa codificadora, también se le atribuyó un tratamiento constitucional que merece ser destacado. Así, los artículos 280 y 281 de la Constitución española de 1812 disponían que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”, en aras de atribuir a la sentencia arbitral que se dictase fuerza ejecutiva<sup>314</sup>. Las Constituciones posteriores no recogían de forma expresa la institución arbitral, si bien la dualidad arbitraje-proceso judicial se mantuvo, sin que ello se haya percibido como un atentado a la exclusividad de la jurisdicción<sup>315</sup>.

## **2. Incorporación del arbitraje al ordenamiento jurídico español**

Los hitos fundamentales en la regulación del arbitraje se produjeron con la aprobación de las Leyes autónomas de arbitraje, es decir, aquellas normas que regulan expresamente la institución arbitral. Así, el siglo XX fue el que marcó esta autonomía normativa de la institución arbitral y muestra de cuanto decimos son las leyes de arbitraje que se aprobaron durante ese siglo en nuestro país.

---

<sup>313</sup> Seguimos la exposición de BARONA VILAR, S., “Introducción...”, cit., p. 61.

<sup>314</sup> En la doctrina constitucionalista hubo voces que se pronunciaron afirmando que esta incorporación en la Constitución española de 1812 suponía la elevación de la institución a derecho fundamental. En tal sentido se mostró SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España*, Mundo Científico. Serie Jurídica, 1969, p. 146

<sup>315</sup> MONTERO AROCA, J.: “Artículo 2”, en MONTERO AROCA, J.: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Civitas, 1990, p. 20.

El primer hito a destacar lo constituye la Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953, cuyo padre científico fue el ilustre procesalista Jaime GUASP<sup>316</sup>. GUASP diseñó un modelo arbitral iusprivatista, asentado en la idea de contrato, dado que las partes desde el ejercicio de la autonomía de su voluntad decidían pactar la resolución de sus conflictos jurídico-privados a través de arbitraje. No obstante lo anterior, no negaba la existencia de un procedimiento, ni de un juez-árbitro y de unas partes. Y lo más significativo es que el arbitraje solo y exclusivamente quedaba limitado a los conflictos privados, muy probablemente derivado del contexto social, económico y político del momento.

Fue esa misma manera de configurar el arbitraje lo que propició un escaso recurso al mismo. Así, el momento político no era muy proclive a que el poder (en el que se incardina la Administración de Justicia, recuérdese) hiciera concesiones, por lo que el arbitraje así delimitado nacía claramente para no tener una importante virtualidad práctica. A ello se une la concepción extremadamente formalista del arbitraje, de ahí, la falta de atracción hacia el mismo<sup>317</sup>.

En líneas generales la Ley de 1953 no revolucionó el mundo del arbitraje. Pero fue la primera norma que de manera autónoma regulaba la institución arbitral, el arbitraje y el estatuto de los árbitros.

A ella le siguió, unas décadas después, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (LA/1988). Una ley que nació en un contexto político bien diverso al de la Ley de 1953: En 1988 España era ya un país democrático. Tras la aprobación de la Constitución de 6 de diciembre de 1978 se había

---

<sup>316</sup> Vid. GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español. Su regulación conforme la ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1956.

<sup>317</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción...”, cit., p. 63.

consolidado el régimen democrático y la consagración constitucional, en el marco de los derechos fundamentales, del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto, diseñado y desarrollado a través de un Poder Judicial fuerte y garantista, relegaba, inevitablemente, el arbitraje a un segundo plano. Las soluciones a los conflictos de los ciudadanos encontraban un mayor lugar en el proceso judicial y ante los tribunales de Justicia.

En ese escenario jurídico español la LA/1988, apostaba por abrir la puerta no solo a los conflictos meramente privados, sino que se presentaba como una estupenda carta de presentación en las relaciones comerciales, empresariales y de consumo. Y, sin embargo, no encontró la respuesta esperada. Esta Ley nació en el momento del auge del Poder Judicial, del garantismo que el sistema judicial ofrecía a los ciudadanos y de la incorporación de un modelo procesal y judicial proteccionista de todos.

Ello no quita que esta Ley de 1988 abrió la puerta al arbitraje en nuestro país y lo hizo no respecto del arbitraje común o general, sino respecto de los arbitrajes sectoriales, que encontraron acomodo legislativo en la misma Ley y que permitieron la proliferación no solo de normas sectoriales sobre arbitraje (consumo, arrendamientos, transporte, seguros, etc), sino fundamentalmente la aparición de las instituciones arbitrales, aquellas que asumían la gestión del arbitraje de manera institucional. El arbitraje había llegado para no marcharse, aun cuando el camino era todavía largo y con demasiados obstáculos para que los ciudadanos entendieran que estaba y podía ser realmente más interesante para sus intereses acudir al arbitraje que a la vía judicial.

Podemos considerar, como hace BARONA VILAR, que, “*con todas sus limitaciones, la Ley ofreció una concepción coherente y sistemática del arbitraje. Sus tres lustros de vigencia sirvieron para permitir asentar un*

*cuerpo doctrinal relevante en torno al arbitraje, amén de conformar una mínima cultura arbitral. Muy probablemente las razones de este solo tímido impulso de la institución arbitral en España al amparo de la Ley de 1988 se debieron al momento histórico en que la misma se aprobó –1988-, década postconstitucional, marcada por un fortalecimiento del Poder Judicial, lo que evidentemente chocaba con la idea de formas de tutela no judiciales ni jurisdiccionales. El culto al proceso judicial impedía, en todo caso, el fomento de la institución arbitral, que, a la postre, se entendía que no ofrecía a priori las garantías que, tanto respecto del órgano como del proceso, podían cada vez más encontrarse en el ámbito del Poder Judicial”<sup>318</sup>.*

Estas dos normas sobre arbitraje, la de 1953 y la de 1988 ofrecieron una visión bien diversa de la institución arbitral –la primera claramente contractualista y la segunda pseudojurisdiccionalista- pero ambas incorporaban un cambio de perspectiva del legislador.

Tras ella, debemos reseñar la aprobación de la LEC del año 2000. Esta Ley incorporó un nuevo modelo procesal civil, caracterizado por las siguientes notas: (i) la oralidad, (ii) el fortalecimiento del juez, (iii) la incorporación de instituciones saneadoras, (iv) la reestructuración de los recursos, (v) el fomento de las cautelares y la ejecución provisional, entre otras. Ese nuevo modelo procesal arrastró algunas reformas de la Ley de 1988, como sucedió por ejemplo, con la consideración de la declinatoria como único cauce de oposición de la vía judicial por existencia del convenio, o el reconocimiento legal de las cautelares pendiente el proceso arbitral<sup>319</sup>.

---

<sup>318</sup> BARONA VILAR, S., “Arbitraje en el modelo de Justicia español del Siglo XXI”, en *Derecho Arbitral* (Obra colectiva dirigida por F. García Ascencios), Arequipa, Perú, Ed. Adrus, 2013, p. 20.

<sup>319</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción”, cit., pp. 66-67. Puede verse en relación con la influencia que tuvo la LEC en la norma arbitral también MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El*



En este contexto normativo, se aprobó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (“LA”), modificada por la posterior Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado, y que sigue vigente a fecha de este trabajo.

El escenario en que se aprueba la Ley del 2003 es absolutamente diverso del que presenciara la Ley de 1988. Entre otros factores hay un dato que merece destacarse y es el papel que España ejercía en aquel momento, en el ámbito de la Economía mundial, especialmente con un volumen de inversiones en el extranjero y en lugares estratégicos destacables. Una explosión económica que favorecía las relaciones comerciales, empresariales y de inversiones (nacionales, regionales y supranacionales), con un volumen de negocio que cada vez más exigía un modelo de solución de conflictos que fuera permeable a las necesidades requeridas y al contexto concreto. Y en ese sentido fue absolutamente trascendental el papel que desempeñó la Comisión de Naciones Unidas para la unificación del Derecho Mercantil Internacional que aprobó la Ley Modelo de CNUDMI de 21 de junio de 1985 –modificada en 2006–, una ley “soft”, un modelo de referencia, que supuso un auténtico hito en el régimen jurídico del arbitraje comercial internacional, siendo actualmente 73 los Estados que han reformado o aprobado legislaciones arbitrales con base en la citada Ley Modelo.

De cuanto hemos ido exponiendo hasta aquí podemos concluir dos ideas en relación con la regulación del arbitraje en la Historia jurídica española:

---

*arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 19.*

Por un lado, en los siglos XX y XXI el interés, siquiera legislativo, ha estado más que presente, con normas que han tratado de conformar un modelo arbitral lo más acorde posible a la situación que en cada momento se ha ido presentando. Destaca muy especialmente la decisión del legislador de independizar el arbitraje de las normas materiales y procesales que hasta el momento regulaban la institución y de otorgarle un tratamiento legislativo autónomo, que permite mostrar una naturaleza del arbitraje en términos diversos de los existentes a lo largo de la Historia.

Por otro, la presencia del arbitraje en las normas de nuestro país y el interés mostrado por el legislador español en materia de arbitraje, tratando de adaptar la institución al entorno nacional e internacional no ha recibido retorno en la práctica arbitral (o al menos, para ser más exactos, el retorno no ha sido el esperado). El paso trascendental se ha dado, la independencia del arbitraje respecto de las lacras que se arrastraban por los diversos posicionamientos de la doctrina que pretendían destacar como elemento más importante del arbitraje el contrato –teorías contractualistas-, el proceso –teorías procesalistas- o la función arbitral –teorías jurisdiccionalistas-. Atrás quedaron los debates en torno a la naturaleza. Como apunta BARONA VILAR<sup>320</sup> el arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza, reflexión sobre la que volveremos *infra*.

### **3. Delimitación conceptual y principios del arbitraje**

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos al que se acude por voluntad de las partes en conflicto, en virtud del cual un tercero imparcial, designado por las partes directa o indirectamente –a través de la incorporación

---

<sup>320</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción”, cit., p. 71.

por referencia a la que se refiere la LA en el ámbito competencial de las instituciones arbitrales- impone la decisión a éstas. Y esa imposición se efectúa por medio de un laudo que puede fundarse en derecho o en su leal saber y entender.

Esa concepción del arbitraje, basada en su origen para los conflictos en los que concurren intereses privados y en el marco del Derecho privado, ha trascendido ese ámbito originario, ofreciéndose también como un cauce para plantear y resolver cuestiones en las que además de los intereses meramente privados puede entrar en juego intereses de la Administración, como analizaremos en epígrafes posteriores.

Habrà que valorar, por tanto, si la concepción del arbitraje común, que se diseñó para el Derecho privado, es extrapolable total o parcialmente al ámbito del Derecho administrativo. O si, por el contrario, el modelo arbitral debería evolucionar y moldearse a la luz de los tipos de conflictos. Para poder pronunciarnos sobre la segunda de las cuestiones planteadas, deberemos referirnos, aunque someramente dado que no es objeto de este trabajo el análisis del régimen arbitral común, al significado, características y principios del sistema arbitral para, posteriormente, evaluar su aplicabilidad a los conflictos administrativos y, en su caso, la necesidad de adaptar el mismo.

### ***3.1 Arbitraje es arbitraje***

Como apuntamos en epígrafes anteriores seguimos aquí la posición sostenida por BARONA VILAR<sup>321</sup> cuando defiende que detrás de esta institución está la propia institución. Frente a las disquisiciones doctrinales

---

<sup>321</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción”, cit., pp. 71 y ss.

del siglo XX en torno a la naturaleza del arbitraje, en atención a la consideración de la preferencia del elemento contractualista, procesalista o jurisdiccionalista, y que dieron lugar a teorías que venían nominadas desde ese elemento predominante, se alzó la voz de quienes defendían la teoría mixta.

Así, justificada desde el origen la vinculación del arbitraje con el Derecho privado, prevaleciendo el elemento de la autonomía de la voluntad y su formalización a través del convenio arbitral, se defendía la posición contractualista del arbitraje. Esa visión que fue superada a medida que la institución dejaba de verse tan solo desde su nacimiento y se trataba de justificar las relaciones entre las partes y los árbitros y/o las instituciones, el inicio del arbitraje, las reglas de actuación, los plazos, etc... elementos todos ellos que propulsaron la preferencia por sostener una posición procesal (en atención a las reglas procesales del mismo) o jurisdiccional (en atención a la función que desempeñan los árbitros).

Ahora bien, cualquiera de las tesis expuestas, *per se* y de forma individualizada, presentaban falencias. De ahí que surgiera en la doctrina la denominada tesis mixta<sup>322</sup>, que comparte elementos de las otras dos teorías mencionadas. Es en esa línea en la que se puede ubicar la denominación que el Tribunal Constitucional formuló del arbitraje como “*equivalente jurisdiccional, parajurisdiccional o cuasijurisdiccional*” (entre otras, STC 62/1991, de 22 de marzo<sup>323</sup>, STC 288/1993, de 4 de octubre<sup>324</sup>).

---

<sup>322</sup> BARONA VILAR defiende la teoría mixta consideran que “*en el nacimiento el arbitraje es contractual, si bien en su desarrollo y conclusión –incluida su eficacia– es jurisdiccional.*”, “Introducción”, cit., p. 70

<sup>323</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1701>

<sup>324</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/2417>

La tesis mixta supone afirmar que el arbitraje está compuesto por elementos de diversa naturaleza, lo que en palabras de BARONA VILAR implica que “*el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica*”, sin que sea necesario insistir en el predominio de uno u otro elemento conformador del arbitraje, sino en elevar a categoría autónoma al arbitraje<sup>325</sup>, en la que una pluralidad de relaciones jurídicas justifican esta consideración.

Esta visión favorece la expansión del arbitraje hacia ámbitos y sectores que escapan de la exclusividad de los intereses privados. El arbitraje como arbitraje que es no tiene por qué quedar tan solo circunscrito al ámbito de los conflictos privados, ni de los conflictos empresariales ni de los de consumo, entre otros.

### ***3.2 Principio fundamental del arbitraje común: libertad y autonomía de la voluntad***

De la institución del arbitraje debemos destacar el principio de autonomía de la voluntad, que no es sino la manifestación del ejercicio de la libertad de éstas de decidir detraer el conocimiento de sus litigios de los tribunales y someterlo a arbitraje. El arbitraje se asienta así sobre el principio de autonomía de la voluntad reflejada en el convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje<sup>326</sup>. Y esa declaración de libertad no es absoluta, como lo muestra la existencia de unos límites –ciertamente mínimos- establecidos legalmente<sup>327</sup>. Conviene señalar además que esta

---

<sup>325</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción”, cit., p. 72.

<sup>326</sup> VERDERA SERVER, R., *El convenio arbitral*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 15.

<sup>327</sup> Recuérdese en este sentido el mandato del artículo 24 LA en relación con los principios que deben inspirar la sustanciación del procedimiento: “1. *Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.* 2.

autonomía de la voluntad no es absoluta tampoco en cuanto a su objeto, en la medida en que viene limitada, al menos en el arbitraje interno<sup>328</sup>, a aquellas “*controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”, tal como explicita el artículo 2.1 LA.

Recuérdese que como hemos analizado en Capítulos anteriores, la Administración no está al servicio de sus propios intereses, sino que tiene un instrumento de los intereses generales. En efecto, el artículo 103 de la Constitución dispone que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*”. Y el artículo 106 de la Constitución refiere al control por parte de los Tribunal de la actuación administrativa respecto del “*sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”. Es decir, los tribunales controlarán que los fines de la Administración vayan siempre dirigidos a garantizar el interés general.

Por tanto, la Administración no tiene disposición sobre los intereses generales, a los que debe servir en todo momento, y de ahí la dificultad de plantear un arbitraje administrativo para cualquier materia de Derecho administrativo. Sin embargo, resulta posible delimitar materias, dentro del Derecho administrativo, en las que la Administración no actúa como garante del interés público y, por ende, sí podría plantearse un recurso a la institución

---

*Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.”*

<sup>328</sup> La situación en arbitraje internacional sería distinta, a razón del tenor del artículo 9.6 LA que amplía las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje al referir la arbitrabilidad no sólo al “*derecho español*” sino, también, a su consideración como por tal de acuerdo con “*las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia*”. Puede verse al respecto, ESPLUGUES MOTA, C., *Arbitraje marítimo internacional*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2007, pp. 421 y ss.

arbitral. Será objeto del Capítulo cuarto de este trabajo el estudio de las materias per se indisponibles y de identificación de aquellas otras que a priori, podrían ser sometidas a arbitraje.

Por otra parte, en los arbitrajes referidos a conflictos estrictamente privados o empresariales la autonomía de la libertad no solo se plasma en el nacimiento del arbitraje sino también en la conformación de las reglas del juego (procedimiento, incluso adopción de medidas cautelares o recursos, por ejemplo). En nuestra opinión, en el ámbito administrativo estas reglas deberán venir conformadas legalmente (pero ello no afectaría a la naturaleza propia del arbitraje, sino que supondría una modulación del mismo).

Por tanto, autonomía de la voluntad y disponibilidad, principios esenciales del arbitraje de Derecho privado, resultan difícil de trasladar a un posible arbitraje administrativo, como se desarrollará en el Capítulo cuarto.

### ***3.3 Función decisoria arbitral, en derecho o en equidad***

Históricamente, los árbitros han venido desempeñando la función heterocompositiva de resolver conflictos y esa función la han podido realizar a través de dos modalidades de fundamentación: (i) motivación en derecho o (ii) motivación en equidad.

En el primer supuesto (motivación en derecho), el laudo arbitral que se dicte deberá motivarse aplicando la norma al caso concreto, exactamente igual que se realiza en sede judicial, atendiendo a la norma aplicable.

En el segundo supuesto (motivación en equidad), el árbitro resuelve aplicando las reglas propias del saber y entender, sin necesidad de fundamentar jurídicamente su decisión en un concreto ordenamiento jurídico, pero sin

renunciar, tampoco, a la posibilidad de hacer uso de argumentos legales en su decisión<sup>329</sup>. En este sentido, aun cuando la modalidad motivadora es diversa, debe existir congruencia en el fallo que debe, además, estar motivado. Así lo precisa y exige el artículo 37.4 LA al requerir que, salvo que las partes digan lo contrario, el *“laudo deberá ser siempre motivado”*. De lo contrario, se estaría imponiendo una solución de un tercero, sin poder conocer las razones que la justificaron.

La función del árbitro es la de decidir la solución más adecuada a la disputa, según el derecho o equidad, pero la motivación constituye en un elemento esencial de la función realizada por los árbitros, dado que constituye una verdadera garantía. Se pretende cuando se motiva el laudo *“evitar la irrazonabilidad que no es sino la arbitrariedad”*. Así, en derecho se fundamenta el laudo en la norma jurídica sin que sea suficiente la cita del precepto sino determinando el fundamento jurídico del fallo, y en equidad habrá que realizar un *“procedimiento lógico deductivo que permita plasmar el itinerario justificativo o fundamentador de la decisión alcanzada”*<sup>330</sup>.

Esa necesidad de motivación cobra mayor relevancia si cabe, en los arbitrajes de Derecho administrativo, de manera que habrá que plantearse –y

---

<sup>329</sup> Puede verse ESPLUGUES MOTA, C., “Artículo 34”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., pp. 1371-1374.

<sup>330</sup> BARONA VILAR, S., “Comentarios al artículo 41”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p. 1754. La autora se refiere precisamente a la consideración de la motivación como garantía formal exigida en el artículo 120.3 CE, amén de una manifestación del derecho a la tutela efectiva evitando la indefensión a que se refiere el artículo 24.1 CE.



así lo haremos en el último capítulo de esta obra- si en el arbitraje administrativo los árbitros podrán resolver solo en derecho o si cabría en supuestos excepcionales abrirse la puerta a la equidad.

En este sentido habrá igualmente que tomar en consideración la evolución producida en la regulación del arbitraje en lo que respecta al arbitraje de derecho y al arbitraje de equidad. Así, la aprobación de la LA de 2003 española supuso una inversión respecto de la posición mantenida en la anterior LA/1988. Si bien en la norma de 1988 se entendía preferente el arbitraje de equidad, salvo que las partes manifestaran lo contrario, es decir, si no había disposición en contrario, la situación vira en 2003, primando el arbitraje de derecho, de manera que los árbitros resolverán en derecho, a salvo de que se diga expresamente lo contrario. Las razones para este cambio se recogen en la propia Exposición de Motivos de la Ley. Se atiende, así, a que la *“preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado”* y, también, al hecho de que resulta *“además, discutible, que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal”*<sup>331</sup>.

Conviene recalcar que los jueces cumplen la función jurisdiccional a través de tres manifestaciones: a) La función declarativa o resolutoria; b) La función de ejecución o aplicación de lo resuelto al caso concreto; y c) La función cautelar, que tiene la doble ambivalencia funcional, declarativa y ejecutiva. Sin embargo, los árbitros poseen *auctoritas* o “verdad socialmente

---

<sup>331</sup> Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (pto. VII).

reconocida”<sup>332</sup>, pero no *imperium* –monopolio exclusivo del Estado- y ello implica que aunque resuelven en derecho o en equidad, no pueden hacer ejecutar lo juzgado. Esto lleva a que el árbitro decide en el proceso arbitral la cuestión suscitada y puede adoptar medidas cautelares para garantizar el proceso arbitral, pero ni puede ejecutar forzosamente lo dispuesto en el laudo, ni tampoco ejecutar la decisión cautelar dictada. Necesitan de la actividad judicial para poder ejercer esa función.

### 3.4 Incorporación de las instituciones arbitrales

La Ley de Arbitraje de 1953 no ofrecía cobertura jurídica a las posibles instituciones que gestionasen y administrasen el arbitraje. Fue casi treinta años después, en 1981, que el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, por el que en relación con el arbitraje comercial internacional autorizó de forma expresa al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España a realizar “*arbitraje en derecho y equidad a través de un servicio de Arbitraje Comercial Internacional*”<sup>333</sup>. Y en la LA/1988 se produjo de forma plena su incorporación, haciendo referencia a esta posibilidad de que instituciones de naturaleza corporativa, profesional o sectorial pudieran ejercer estas funciones vinculadas al arbitraje. Pero el salto cualitativo se produce con la LA de 2003 con la permisibilidad y la potencialidad de las mismas en sede arbitral, culminando con la reforma llevada a cabo por la

---

<sup>332</sup> D’ORS PÉREZ-PEIX, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963, pp. 19 y ss.

<sup>333</sup> Esta función fue ratificada, con posterioridad a la aprobación de la LA/1988 por la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, cuyo artículo 2.1.i) les atribuyó la tarea de “*desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente*”. Esta función se ha visto ratificada por la actual Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (artículo 5.3.II).

Ley 11/2011, con el reconocimiento de que las partes puedan encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a “*Corporaciones de Derecho Público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales según sus normas reguladoras*”.

Ahora bien, aun cuando la funcionabilidad del arbitraje, su credibilidad y sus garantías quedan de forma palmaria cubiertas cuando es una institución la que se halla detrás, habrá que plantear si en el ámbito de los conflictos de Derecho administrativo pueden estas instituciones desempeñar un papel en el mismo sentido, y así lo haremos en el capítulo próximo. En caso afirmativo, deberá determinarse los condicionantes para ello, de manera que no empañe la tutela de los administrados. El reconocimiento de la responsabilidad de la institución y la exigencia de un contrato de seguro que pueda cubrir la responsabilidad de estas instituciones y de sus árbitros permite presentar a la institución como una buena gestora del desarrollo del arbitraje, tanto desde el momento de la designación de los árbitros, como durante el procedimiento arbitral.

### ***3.5 Proceso y procedimiento arbitral. Principios esenciales de igualdad, audiencia y contradicción***

En el marco del arbitraje sobre cuestiones o materias disponibles el protagonismo de la autonomía de la voluntad en el diseño de este procedimiento es absoluto<sup>334</sup>, en Derecho administrativo no. A las partes se les permite definir el diseño de las actuaciones arbitrales, la forma de realización de las actuaciones, los plazos, el idioma, la posibilidad de renunciar o de configurar

---

<sup>334</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R., CUBILLO LÓPEZ, I., *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2006, p. 118.

una tutela cautelar determinada, etc. Ello puede deducirse de la mera lectura de la LA, que, aun fijando algunas reglas en relación con el procedimiento, lo hace sujeto a “*salvo que las partes dispongan lo contrario*”. Esto implica que son las partes las que podrán fijar, delinear o modificar las reglas del juego en el ámbito procedimental.

Cuestión diversa es el proceso arbitral, es decir, el modelo procesal seguido. Este debe respetar los fundamentos esenciales de un proceso, a saber, el principio de igualdad, el principio de audiencia y el principio de contradicción. El artículo 24.1 de la LA señala que “*deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*”<sup>335</sup>.

En consecuencia, salvando las garantías del derecho a la tutela efectiva que es perfectamente extrapolable al arbitraje, las reglas del procedimiento (plazos, oralidad o escritura, incorporación de las tecnologías de la información y comunicación en algunos actos, reglas de notificaciones, actuaciones arbitrales y un largo etcétera) pueden ser delimitadas de común acuerdo por las partes, pudiendo conformarlas en el convenio arbitral o bien en el inicio del procedimiento o a lo largo del mismo. Y no sólo esto, las partes pueden incluso pactar plazos para el ejercicio de la acción arbitral. En relación con los plazos pactados, se plantea el problema de su razonabilidad -por posibles plazos excesivamente reducidos que pudieran afectar al ejercicio pleno del

---

<sup>335</sup> Son numerosas las sentencias que se han pronunciado en torno a estos principios. A título de ejemplo puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 5 de marzo de 2003 (JUR 2003, 193514), que se refería a estos principios como “*principios que deben ser respetados, dado que de otra forma podrían dar lugar a indefensión de cualquiera de las partes. De esta forma los árbitros actuarán respetando estos principios cuando las dos partes implicadas en el arbitraje tuvieron la misma oportunidad de alegaciones, oposiciones o contraalegaciones y formularon la proposición de pruebas y su práctica, teniendo en cuenta que el rechazo razonadamente desde su posición de árbitro juzgador no supone colocar a la otra parte en situación de indefensión.*”

derecho a la tutela judicial efectiva por las partes-, así como de las consecuencias del no ejercicio en tiempo de la acción arbitral (si ello conlleva la remisión a los tribunales estatales o si, por contra, implica la imposibilidad para las partes de ejercitar acción alguna ante los tribunales arbitrales y, también, estatales: el ejemplo del arbitraje marítimo es significativo al respecto<sup>336</sup>).

Este proceso arbitral, desde sus orígenes, era un proceso de una única instancia. El arbitraje nació con esa vocación, desde el planteamiento de la especialización como virtud específica del arbitraje dado que, frente a lo que ocurriría en los tribunales ordinarios, quien resuelve el conflicto que se lleva a sede arbitral es experto en la materia, son profesionales que conocen y resuelven, sin que sea necesario validar en una segunda instancia o en una segunda opinión la decisión tomada en el mismo. Este es uno de los aspectos primordiales por los que defendemos el recurso al arbitraje en materia de Derecho administrativo.

Pese a lo anterior, el tema de la segunda instancia se encuentra de actualidad. Algunas cortes arbitrales españolas lo admiten expresamente<sup>337</sup> aunque se trata de una opción que sigue sin estar generalizada<sup>338</sup>. En este contexto, habrá que plantearse en el Capítulo cuarto, si este modelo de única instancia es el más adecuado para el arbitraje administrativo, y valorar *pros* y *contras* en relación con lo que en la actualidad se pretende y se ofrece desde

---

<sup>336</sup> ESPLUGUES MOTA, C., *El arbitraje marítimo*, cit., pp. 516 y ss.

<sup>337</sup> Entre otros, Reglamento de arbitraje de la Corte española de arbitraje (art. 39) o el Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia (art. 54 y ss).

<sup>338</sup> Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente desde el 1 de marzo de 2017, opta por atribuir a la Corte de arbitraje la capacidad de revisar el laudo, pero con una limitación temporal, y es que únicamente podrá revisarse antes de que éste sea transmitido a las partes. Pero, por el contrario, las Reglas de Arbitraje de 2017 del *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* o las Reglas de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* no prevén la posibilidad de revisar los laudos.

el arbitraje, en el marco de esa Justicia “*multidoors*” a la que ya nos referimos en el Capítulo segundo. Plantear en el modelo de arbitraje de Derecho administrativo la desconfianza de quienes resuelven y diseñar una segunda instancia nos parece casi como llevar a la deriva un modelo que aún no está asentado.

En relación con lo anterior, hemos de valorar hasta qué punto la renuncia a un futuro ejercicio de cualquier acción de revisión del laudo dictado es compatible con el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta cuestión ha sido recogida en algunas normativas nacionales<sup>339</sup>, y ha sido además, objeto de pronunciamiento por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo en su Sentencia de 1 de marzo de 2016, en el asunto *Tabbane c. Suisse*<sup>340</sup>, considerando que la renuncia a una futura acción de anulación al amparo del artículo 192.1 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado que prevé esta posibilidad no contraviene el mandato del artículo 6.1 del Convenio europeo de Derechos Humanos. La renuncia a la acción es voluntaria y “*Teniendo en cuenta lo anterior, la restricción del derecho de acceso a un tribunal ha perseguido un objeto legítimo, a saber, la puesta en valor del foro arbitral suizo, mediante procedimientos flexibles y rápidas, respetando la libertad contractual del solicitante, que no podría entenderse desproporcionada. Por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante no ha sido afectado*”<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> Por ejemplo, el artículo 1522.I CPC francés dispone que “*Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.*”.

<sup>340</sup> <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFDEC/ADMISSIBILITY/2016/CEDH001-161870>

<sup>341</sup> Traducción libre

### **3.6 Ventajas del arbitraje frente a la vía jurisdiccional ordinaria**

Analizar el arbitraje como proceso heterocomponedor de resolución de conflictos en el que el tercero –árbitro o colegio arbitral– decide a través de un laudo arbitral con fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada la cuestión planteada por las partes suscita el interrogante de por qué acudir al arbitraje y no a la vía judicial y qué ventajas supone la opción arbitral.

Es una cuestión que no suele presentarse en abstracto sino estrechamente vinculada a su alternativa, que es el proceso judicial. Habrá que considerar por qué puede ser más conveniente o beneficioso someterse a un colegio arbitral o a un árbitro en lugar de acudir a los tribunales ordinarios.

Llegados a este punto conviene realizar un breve recordatorio de las diversas y plurales vías del actual modelo de Justicia del siglo XXI, que llevan a diferenciar entre autocomposición y heterocomposición, y como ya expusimos en el Capítulo segundo, las fórmulas autocompositivas no son excluyentes de las heterocompositivas, de manera que pueden integrarse conjuntamente. Así, una mediación puede ser la fase previa de un arbitraje o un proceso judicial, siendo por ello complementarios. Por el contrario, en el caso del arbitraje la alternatividad implica exclusión, a saber, o se acude a los tribunales o se acude al arbitraje, sin perjuicio de la colaboración y auxilio que los tribunales pueden igualmente prestar al arbitraje en determinadas materias como la designación de árbitros, cautelares, el auxilio en materia de prueba o la ejecución del laudo, entre otras.

Partiendo de lo anterior resulta de interés enumerar algunas de las ventajas que permiten priorizar la opción del arbitraje frente a los tribunales ordinarios.

1.- *Confidencialidad*. La exigencia de confidencialidad en todas las modalidades de ADR ha sido una constante. A lo largo de la Historia se ha venido exigiendo el requisito de la confidencialidad respecto de quienes acudían y participaban en un arbitraje. Así queda recogido actualmente en el artículo 24.2 de la LA española, a cuyo tenor “*Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.*” Se ofrece con ello un entorno diverso del proceso judicial, que es público tanto en relación con las partes que intervienen como respecto del público en general.

2.- *Rapidez*. Una de las características propias del sistema arbitral es su breve duración. El artículo 37.2<sup>342</sup> de la LA española recoge un plazo *soft* de seis meses, pero las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad pueden pactar otro plazo que crean conveniente, de común acuerdo. Se trata pues, de una norma de naturaleza disponible para las partes.

3.- *Especialización*. - La complejidad de las relaciones jurídicas existentes en el momento que vivimos ha provocado en ciertos casos que la resolución de algunos conflictos en sede judicial pase necesariamente por la intervención de un gran número de peritos que, expertos en unas materias, ofrecen sus conocimientos para favorecer las soluciones judiciales.

---

<sup>342</sup> “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.*”



La institución arbitral ofrece así, un modelo, asentado en los mismos principios y parámetros garantistas que se exigen en sede judicial, pero al mando del cual se encuentran expertos en materias, sectores, especializados, que pueden incorporar una suerte de conocimientos a la hora de fundar la resolución al litigio planteado. Surge la necesidad de aunar los conocimientos y el *expertise* de estos profesionales con el manejo de la técnica arbitral, que debe adquirirse a través de los estudios y la capacitación adecuada<sup>343</sup>. Lógicamente se trata de arbitrajes de equidad. Esta solución no es posible en sede judicial.

4.- *Libertad de formas. Flexibilidad.* - Como expuesto, hay un elemento esencial en el sistema arbitral: la libertad de formas. Destaca la mayor participación de las partes a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad en las reglas del procedimiento y la conformación del mismo, así como la elección de los árbitros.

En la LA, como norma *soft* que es, se establecen reglas, y se incorporan una serie de normas al procedimiento arbitral. Pero estas normas son reglas- modelo para el desarrollo del procedimiento, no vinculantes para las partes, las instituciones arbitrales y los árbitros. En su mayoría son normas disponibles aun cuando también incluyen limitaciones que han de ser respetadas en el desarrollo del proceso arbitral. En efecto, el artículo 24 de la Ley explícitamente refiere a la salvaguarda de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, obligando de forma taxativa a tratar a las partes con igualdad y a otorgar a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Esta limitación supone una afectación del

---

<sup>343</sup> La combinación de ambos factores es lo que ha propiciado que en estos últimos tiempos se encuentren por ejemplo ingenieros, economistas, arquitectos, médicos, interesados en el arbitraje y colaborando con las instituciones arbitrales, así como participando como árbitros.

principio de autonomía de la voluntad sobre el que se articula el procedimiento de arbitraje con base en el derecho de defensa y del principio de igualdad, siendo obviamente de obligado cumplimiento para las partes, los árbitros y las instituciones.

5.- *Economía*. - La economía es otra de las virtudes sobre las que se asienta la figura del arbitraje. Ciertamente, es posible encontrar posiciones que sostienen que el arbitraje es más costoso que la vía judicial. Esta afirmación no es en efecto, correcta. Ahora bien, habría que efectuar un cálculo del coste de un proceso en el que la intervención de abogados de reconocido prestigio, peritos, informes, recursos en sede judicial etc. implicarían una cuantía elevada, y compararlo con el mismo litigio en sede arbitral. La respuesta a esta afirmación es que en la mayoría de los casos el arbitraje es más económico que el proceso, y lo es por varias razones:

En primer lugar, porque el tiempo es dinero. Eso significa que hay determinados conflictos que en sede judicial suponen procesos de larga duración, siendo la excesiva duración ya *per se* una insatisfacción para las partes. La agilidad y rapidez en el desarrollo del procedimiento arbitral refleja una mayor garantía en la resolución del conflicto en asuntos en los que el tiempo es absolutamente esencial para no sentir frustración ante la tutela pedida.

En segundo lugar, los datos arrojan resultados suficientemente ilustrativos. Los gastos que se deben abonar como consecuencia del desarrollo de un proceso ante los tribunales (tanto en la primera instancia como en los posteriores recursos) puede implicar unos gastos que no van a tener que abonarse cuando se opta libremente por acudir al sistema arbitral.

### **III. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: ARBITRAJE Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

La extensión en el uso del arbitraje ha implicado la ampliación de su uso a ámbitos antes no cubiertos por éste. Sin embargo, en este proceso de ampliación material la referencia al vocablo “arbitraje” no siempre viene válidamente realizada. En muchas ocasiones esta referencia cubre diversas realidades en las que no existe realmente un tercero que resuelve un litigio entre partes posicionadas en condiciones de igualdad, sino que parte de la propia actividad de la Administración a la que, quizás en un afán de singularizar o con la voluntad de resaltar su aparente simplicidad, independencia o agilidad, se califica de “arbitraje” o de “tribunal arbitral”.

En estos últimos tiempos no ha existido una clara distinción entre estas diversas instituciones denominadas “arbitrales”: unas de carácter administrativo puro con función administrativa, otras con carácter institucional, pero resolviendo como tercero imparcial un conflicto administrativo y otras, en las que la Administración, como sujeto privado-árbitro, resuelve conflictos sobre bienes y derechos de particulares.

En tal sentido, ha de recalcarse con carácter previo, una cuestión de significado conceptual: no todo lo que se ha utilizado con el *nomen iuris* de arbitraje en materia de Derecho administrativo es realmente o propiamente “arbitraje” en sentido estricto. En el caso del arbitraje en Derecho administrativo propiamente dicho, la Administración es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje de un tercero. De ahí que sea necesario aunar en esta distinción entre las diversas categorías que a fecha de hoy refleja la práctica diaria:

1.- La realidad práctica refleja la existencia, en primer lugar, de ciertos supuestos en los que las Administraciones Públicas actúan como auténticos árbitros, siendo terceros, y resolviendo un conflicto entre los particulares, con sujeción a la norma general (o en su caso específica) de arbitraje, lo que significa que su decisión no constituye “acto administrativo”, sino laudo, título ejecutivo extrajudicial, con efectos de cosa juzgada. Este dato constituye uno de los elementos esenciales a la hora de determinar cuándo estaremos ante un verdadero arbitraje y cuando éste no lo es, aun cuando se le haya querido otorgar dicha denominación, sin que ésta naturalice la esencia de la institución.

PARADA VÁZQUEZ emplea el calificativo de “*actividad administrativa arbitral*”<sup>344</sup> para referirse a la actividad de la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. Así, la actividad administrativa arbitral implica que la Administración resuelve el conflicto surgido entre dos particulares, mientras que, recordemos, en el caso del arbitraje en Derecho administrativo propiamente dicho la Administración es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje de un tercero.

2.- En segundo lugar, existe una segunda categoría de supuestos, en los que, por el contrario, los elementos básicos de naturalización del arbitraje están ausentes. Se trata de aquellos supuestos que no son propiamente de arbitraje, sino que están próximos a una modalidad de procedimiento administrativo. La Administración actúa a la vez como parte en conflicto y como órgano decisor, lo que implica obviamente una quiebra de los componentes esenciales de la institución del arbitraje.

---

<sup>344</sup> PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, cit., pp. 533 y ss.

3.- En tercer lugar, con la Ley 11/2011, de 20 de mayo, surge la posibilidad de utilizar el “arbitraje” referido a la resolución de conflictos intra-administrativos, regulando un cauce específico procedimental destinado a resolver conflictos internos entre la propia Administración General del Estado y sus Entes instrumentales. Como analizaremos *infra*, aunque el legislador emplea el término “arbitraje”, no se trata de un verdadero arbitraje.

4.- Frente a los tres ejemplos mencionados, el verdadero arbitraje administrativo debería ser el que tuviera vocación de ser *sustituto de*, medio de solución de los conflictos más allá del control judicial. Para ello el órgano que resuelve debe ser neutral y no ser parte y decisor. Y, además, la decisión no debería someterse a control posterior, porque la esencia del arbitraje como apuntado en epígrafes anteriores, es que la decisión sea título ejecutivo extra-jurisdiccional.

El presente apartado se centra en el estudio de este verdadero arbitraje administrativo, pero haremos una breve referencia al resto de figuras afines mencionadas, de cara a matizar las diferencias entre ellas y esbozar el por qué no pueden ser entendidas como verdaderas figuras arbitrales. Resulta, pues, imprescindible referirse a estas potenciales actividades arbitrales, por cuanto aun cuando cubiertas todas ellas bajo la denominación de “arbitraje”, no todas ellas lo son realmente, e incluso siéndolo, la naturaleza que les preside es diversa.

### **1. La Administración, árbitro entre privados**

Más allá de la función reguladora del Estado a través de los entes jurídicos, éstos han venido asumiendo igualmente una función resolutoria de

conflictos (la ya citada “*actividad arbitral de la Administración*”) surgidos entre particulares.

No se trata ésta, sin embargo, de una actividad exenta de dudas o controversias. El propio Tribunal Constitucional ha puesto de relieve las dudas sobre “*la licitud constitucional de que potestades que a primera vista parecen jurisdiccionales, por consistir en la resolución de conflictos, se confieran a órganos de la Administración en contra del principio de la división de los poderes*” (entre otras, Sentencia Tribunal Constitucional núm. 192/1980, de 8 de abril de 1981<sup>345</sup>).

No existe, sin embargo, una regla general que determine cuándo la Administración puede arbitrar conflictos privados, sino que debemos acudir a las distintas legislaciones sectoriales. Sin entrar a realizar una enumeración exhaustiva de estas normas sectoriales, podemos recalcar a título ilustrativo, las antiguas Comisiones Nacionales de la Energía, de las Telecomunicaciones y del Sector Postal, y las Juntas arbitrales de transporte y de consumo, entre otras. Conviene que las abordemos, aunque sea brevemente, dado que su análisis es imprescindible para delimitar con posterioridad el sentido atribuible al arbitraje en Derecho administrativo.

### ***1.1 Las Juntas arbitrales de transporte***

Comenzando por las últimas categorías mencionada, las Juntas arbitrales de transporte han sido constituidas en todas las Comunidades Autónomas y en las ciudades de Ceuta y Melilla desde hace algunas décadas al amparo

---

<sup>345</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1981-9433](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1981-9433)

de la Ley 16/1987, de 20 de julio, de Ordenación de los Transportes terrestres<sup>346</sup>. Se trata de órganos de composición mixta, pero presidida por miembros de la Administración y adscritas a ésta. Se encuentran reguladas en los artículos 37 y 38 de la mencionada Ley 16/1987.

Estas Juntas arbitrales sustituyen la vía judicial en todas las cuestiones de su competencia:

a) Resolver, con los efectos previstos en la legislación de arbitraje, las controversias de carácter mercantil que puedan surgir en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes<sup>347</sup>.

b) Resolver, las controversias surgidas en relación con los demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que, conforme a lo previsto en la propia Ley 16/1987, se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial<sup>348</sup>.

El punto de debate surge de la matización que realiza el citado artículo 38 en su apartado 1.III a cuyo tenor “*se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratado*”. Es decir, el

---

<sup>346</sup> Sobre el origen y función de las Juntas, puede verse MAPELLI, E., “El arbitraje en el transporte terrestre”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1558, 1990, pp. 1615-1619.

<sup>347</sup> Artículo 38.1.I Ley 16/1987.

<sup>348</sup> Artículo 38.1.II Ley 16/1987.

recurso al arbitraje se acciona de manera automática para aquellos asuntos de cuantía inferior a 15.000 euros. Dejando de lado la posible vulneración del artículo 24 de la CE que pudiera implicar, ello no casaría con el principio esencial de voluntariedad que rige en todo arbitraje.

Téngase presente que la redacción inicial de este precepto fue declarada inconstitucional mediante Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1995, de 23 de noviembre<sup>349</sup>, por entender que era contraria a los artículos 24 y 117.3 de la CE<sup>350</sup>. Si bien la nueva redacción del precepto presume únicamente la sumisión a arbitraje si nada se manifestó en contrario antes del momento en que se inicie o se debería haber iniciado el transporte. Significativamente, a favor de esta nueva redacción se han pronunciado entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, núm. 95/2000, de 24 de febrero<sup>351</sup>.

## ***1.2 Las Juntas Arbitrales de Consumo***

El 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, define en su artículo 57 el Sistema arbitral de consumo en los siguientes términos: *“El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de resolución de*

---

<sup>349</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1995-27749>

<sup>350</sup> El tenor inicial del apartado 2 del artículo 38 era el que sigue: *“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”*. En relación con esta sentencia, DE LA CUESTA SANEZ, J.M., *“Contractualidad del Arbitraje (A propósito de la STC 174/1995, de 23 de noviembre)”*, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, mayo-agosto 1996, pp. 316-317.

<sup>351</sup> LA LEY 45532/2000



*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*". Este sistema arbitral encuentra su fundamento en el artículo 51.1 de nuestra Carta Magna que propugna la defensa de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces.

Las Juntas arbitrales de consumo dependen de las Administraciones Públicas, que son las encargadas de administrar los arbitrajes y de sufragarlos. Esto último es una de las particularidades del arbitraje de consumo, puesto que se trata de un arbitraje –hasta el momento- gratuito en que los únicos gastos a costear por las partes son los ocasionados por la práctica de prueba, en su caso<sup>352</sup>.

El sector del consumo constituye, quizás, el único ámbito del Derecho privado en el que puede hablarse de la existencia de un cuerpo normativo sustantivo propio de la Unión Europea<sup>353</sup>. En línea con ello ha de destacarse el impulso proveniente de las instituciones europeas. A partir inicialmente de las Recomendaciones de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, y 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia

---

<sup>352</sup> Para una aproximación global al arbitraje de consumo, BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

<sup>353</sup> Para un análisis de esta evolución, entre otros muchos, AGUILAR OLIVARES, Y., "El arbitraje de consumo: evolución y régimen actual", *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 15, 2014, pp. 19-25.

de consumo se aprueban con el tiempo la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo).

La Directiva 2013/11/UE obliga a los Estados miembros a garantizar que determinadas controversias nacidas de contratos de consumo puedan someterse a una resolución alternativa, pero ni establece un elenco de procedimientos de resolución alternativa, ni regula dichos procedimientos.

Dicha Directiva ha sido traspuesta en nuestro país por el Proyecto de Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico española la citada Directiva 2013/11/UE, aprobado el pasado 19 de octubre de 2017 y publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados de 26 de octubre siguiente<sup>354</sup>.

### ***1.3 Las Comisiones arbitrales de los sectores regulados***

Por lo que respecta al papel arbitral jugado por las Comisiones de los denominados sectores regulados, ha de recordarse que con la promulgación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se extinguen las Comisiones de la Energía, del mercado de las Telecomunicaciones, de la Competencia y el Comité de la Regulación Ferroviaria, que pasan a englobarse dentro un único organismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Algunas

---

<sup>354</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-5-6.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-5-6.PDF)

de estas Comisiones contaban con un papel asignado por el propio legislador en el ámbito del arbitraje, con independencia de las condiciones en que éste se desarrollase y de su presencia junto con otras posibles facultades de resolución de controversias que se les hubiera podido atribuir. Este papel se veía con especial claridad en el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como en el caso de la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional del Sector postal.

### *1.3.1 La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*

La antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)<sup>355</sup> como órgano regulatorio independiente que vela por la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato en el mercado de las telecomunicaciones, tenía atribuidas funciones arbitrales. Resulta destacable la función arbitral a la que se refiere la antigua Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de telecomunicaciones –modificada en su día por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible<sup>356</sup>- que acogía una función arbitral de la Comisión en sentido estricto del término, con una regulación

---

<sup>355</sup> Puede verse GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, cit., pp. 135-153.

<sup>356</sup> El artículo 10 de esta ley se refiere al Objeto de la actuación de los Organismos Reguladores, y dispone que: “1. Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin, los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de defensa de la competencia. 2. Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, los Organismos Reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, otorgamiento, revisión y revocación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector y aquellas otras que les atribuya la Ley.”

propia y específica pero en la que la resolución mediante laudo arbitral posee los efectos de cosa juzgada y es título ejecutivo extrajudicial, siendo que contra el mismo solo es posible plantear, en su caso, el control de legalidad a través de la anulación, remitiéndose a estos efectos a la LA. Es más, se afirmaba expresamente que esta función arbitral de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones no tendría carácter público. Pero arbitraje es.

Junto a esta función arbitral, la Comisión se veía atribuidas otras funciones resolutorias de naturaleza administrativa<sup>357</sup>. La Comisión como órgano administrativo, resolvía contiendas y sus resoluciones resultaban impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativo. No es, por tanto, verdadero arbitraje, sino una vía equiparable a los recursos administrativos.

### 1.3.2 Comisión Nacional de la Energía

Otro de los organismos regulatorios que merece atención es la antigua Comisión Nacional de la Energía (CNE), a la que MUÑOZ MACHADO definió en su día como “*regulador débil*”<sup>358</sup>, con funciones normativas, consultivas, ejecutivas, de defensa de la competencia, de inspección y de resolución de conflictos. En relación con esta última, la Disposición Adicional 11 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, regulaba que la función arbitral de la CNE en los conflictos que se suscitasen entre los sujetos que realizasen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos. Dicha función es de ejercicio gratuito y no público, de carácter voluntario para las partes y ejercida de acuerdo con la LA y con la norma reglamentaria

---

<sup>357</sup> Artículo 48.3 de la Ley 32/2003.

<sup>358</sup> MUÑOZ MACHADO, S., “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, en la obra colectiva *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, Madrid, Iustel, 2011, p. 49.

aprobada por el Gobierno que se dictase sobre el correspondiente procedimiento arbitral.

A su vez, esta Comisión también tenía atribuida la función de resolución de controversias entre operadores del sector energético y consumidores de productos energéticos, por medio de la Oficina de defensa del consumidor, siendo esta función arbitral absolutamente libre y voluntaria para las partes. Estaríamos ante una naturaleza de arbitraje de consumo, con los efectos de cosa juzgada del laudo que se dictase en todo caso.

Finalmente, en el marco de las soluciones de conflictos la CNE también podía actuar como órgano administrativo, resolviendo conflictos que le eran planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte; en el sector gasista, podía resolver cuestiones que le eran planteadas en relación con la gestión técnica del sistema de gas natural. En estos casos la resolución que dictase la CNE agotaba la vía administrativa, pero permitía la posibilidad de acudir al contencioso-administrativo. Su función aquí era puramente administrativa<sup>359</sup>.

### *1.3.3 La Comisión Nacional del Sector Postal*

Más allá de las Comisiones que han sido incardinadas dentro de la CNMC subsisten algunas otras de manera independiente. En el ámbito de la regulación del sector postal existía la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP) que en el artículo 20 de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, con las

---

<sup>359</sup> Respecto de la resolución de conflictos energéticos a día de hoy por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, puede verse DEL GUAYO CASTIELLA, I., “La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y la resolución de conflictos en el sector energético”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

variables introducidas por la ya citada Ley 27/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establecía su posible función arbitral en los conflictos que le sometían los operadores postales. Una función que carecía de carácter público y resultaba gratuita, salvo por aquellos gastos que pudieren ocasionarse con motivo de la práctica de la prueba, que serían sufragados por las partes. Se regulaba específicamente un arbitraje que tenía como modelo el arbitraje de la LA de 2003, de modo que las reglas de actuación eran de arbitraje en sentido estricto y la decisión arbitral, que revisten forma de laudo, tenía los mismos efectos que en los arbitrajes privados, de manera que aun cuando se permitiese aclaración, complemento o rectificación (siempre claro está ante el mismo órgano CNSP), no cabría plantear recurso contra el laudo, sino tan solo cuestionar la validez del mismo a través de la acción de anulación.

Y junto a esa función arbitral, la Comisión podía igualmente, al amparo del artículo 15 de la Ley 23/2007, cumplir, como en el caso de los anteriores organismos regulatorios, con una función puramente administrativa, resolviendo de forma unilateral conflictos, como órgano administrativo, poniendo fin a la vía administrativa y pudiendo cuestionar sus decisiones a través de la jurisdicción contencioso-administrativa.

#### *1.3.4 Comité de Regulación Ferroviaria*

La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario creaba el Comité de regulación ferroviaria (CRF), que fue suprimido por la ya citada Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que atribuye sus funciones al nuevo órgano regulador.

Entre las funciones del Comité se encontraba la de conocer y resolver reclamaciones que las empresas ferroviarias y los restantes candidatos se planteasen en relación con la actuación del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, en materias referidas a:

- a) Otorgamiento y uso del certificado de seguridad y el cumplimiento de las obligaciones que éste comporte;
- b) Aplicación de los criterios contenidos en las declaraciones sobre la red;
- c) Procedimientos de adjudicación de capacidad y sus resultados;
- d) Cuantía, estructura o aplicación de los cánones y tarifas que se les exijan o puedan exigírseles; y
- e) Cualquier trato discriminatorio en el acceso a las infraestructuras o a los servicios ligados a éstas que reciban de la Administración o de cualesquiera entes públicos, o que se produzca por actos llevados a cabo por otras empresas ferroviarias o candidatos.

Este Comité podía asumir funciones de lo que se denomina, sin serlo, “arbitraje”. Se trataba de un sistema de carácter obligatorio, pero la decisión que se adoptaba no contaba con el valor de título ejecutivo del laudo arbitral, dado que quedaba abierta la posibilidad de acudir a los tribunales para revisar la decisión.

Además de esta función, cumplía como como el resto de los anteriores organismos regulatorios con una función de naturaleza administrativa, que vincularía a las partes con eficacia ejecutiva y ponía fin a la vía administrativa.

### 1.3.5 *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

Dentro de las funciones de la actual CNMC recogidas en el artículo 5 de la referida Ley 3/2013 se engloba la de “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 tiene carácter público y se ajusta a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

Sin embargo, no debe confundirse esta función con la de resolución de conflictos entre operadores regulada en el artículo 12.1 de la Ley 3/2013. El propio Tribunal Supremo ha establecido la diferencia entre la función arbitral privada que pueden desarrollar las Administraciones Públicas y el ejercicio de prerrogativas públicas que debe enjuiciar la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>360</sup>.

---

<sup>360</sup> Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 16 de enero de 2008 (Rec. 5743/2006): “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 las condiciones correspondientes que suplan aquel acuerdo. No se trata, en estos últimos supuestos, 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.

Por el contrario, cuando las leyes hacen referencia al arbitraje “privado” (más propiamente, excluyen el carácter público de la función arbitral) que determinados organismos reguladores pueden llevar a cabo, se limitan a ofrecer cobertura suficiente para el desempeño por estos nuevos organismos de una función arbitral “clásica” enmarcada



## 2. Arbitraje como medio sustitutivo de los recursos administrativos

En relación con el uso del arbitraje en el ámbito de la propia Administración pública, es decir, como actividad formalizada de la misma,) encontramos en un segundo grupo, aquellos medios alternativos a la resolución de recursos administrativos a que se refiere actualmente el artículo 112.2 de la LPAC, y que ha sido ya objeto de estudio en anteriores capítulos. Esta institución arbitral constituye una cierta “función de salida” de la vía administrativa común<sup>361</sup>.

Conviene recordar que, pese a que el legislador español quiso introducir esta previsión en la LRJPAC, dicho precepto ha sido objeto de un escaso desarrollo normativo, y muy pocas leyes sectoriales llegaron a implantar cauces de revisión sustitutivos del recurso de alzada. El legislador español pudo haber aprovechado la nueva ley de procedimiento administrativo del año 2015 para tratar de modificar dicha previsión, tratando de darle una mayor virtualidad, a la vista que del poco éxito desde el año 1992. Pero pese a ello, optó por reproducir la misma norma en la LPAC.

---

*en la Ley 60/2003. 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).*

*Aun cuando no coincidente del todo con el denominado "arbitraje institucional" al que se refiere el artículo 14.1 de la Ley 60/2003 (pues en él se prevé que las partes encomienden a determinadas instituciones la "administración" del arbitraje y la "designación de árbitros", mientras que en las figuras como la de autos es la propia corporación quien asume el papel de árbitro), esta modalidad de arbitraje, al que las leyes han querido expresamente negar su carácter público, se somete enteramente al régimen privado y, en concreto, a las disposiciones de la Ley 60/2003. El artículo 1.3 de dicha Ley dispone que su contenido será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes.” (FJ 6)*

<sup>361</sup> Para un mayor desarrollo de ambas puede verse GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit., pp. 121-127.

Así las cosas, resulta interesante referirnos a la que a día de hoy es su principal manifestación: el arbitraje en materia deportiva.

Comencemos puntualizando que la hoy ya derogada Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, supuso en su día un avance en el desarrollo de lo que disponía el artículo 107.2 de la LRJPAC, al contener, en su artículo 29.3<sup>362</sup>, una norma habilitante de creación de una “vía arbitral” a la que atribuye la condición de sustitutivo del recurso administrativo. En efecto, se preveía la sustitución del recurso administrativo por una fórmula arbitral seguida ante una sección específica del Comité Español de Disciplina Deportiva. Esta sección venía compuesta por un miembro de dicho Comité, un árbitro designado por el propio deportista y un tercero nombrado de común acuerdo entre las partes.

La anterior Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, contenía un modelo basado en el “*principio de corresponsabilidad entre lo público y lo*

---

<sup>362</sup> “Este específico sistema de revisión tiene, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la condición de mecanismo sustitutivo del recurso administrativo.

*La revisión administrativa especial, con fórmula arbitral, tendrá por objeto la determinación de si la resolución dictada por los órganos disciplinarios se ajusta a Derecho, o si dentro de los términos que determina esta Ley procede otra diferente, o el sobreseimiento del procedimiento. La resolución puede suponer la confirmación de la sanción, su modificación, su reducción o revocación, dentro de los términos sancionadores que se fijan en esta Ley.*

*La organización de la actividad arbitral del Comité Español de Disciplina Deportiva y el procedimiento para la resolución de los supuestos se desarrollará, reglamentariamente, primando el principio de inmediatez. Asimismo, deberán respetarse los principios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de un mes.*

*Los gastos del procedimiento arbitral serán sufragados por las partes que soliciten los respectivos trámites y los gastos comunes se sufragarán a partes iguales entre todos los comparecientes.”*

privado”<sup>363</sup>: las federaciones asumían funciones delegadas (entre ellas, las sanciones por dopaje), quedando sometidas a los principios constitucionales del ejercicio del poder público.

El modelo de 1990 contaba, por tanto, con una fase inicial de imposición de una sanción disciplinaria, con una primera revisión, en su caso, mediante un recurso ante un órgano de la propia federación deportiva. En un segundo momento, dicha sanción podía ser recurrida ante el Comité Español de Disciplina Deportiva, órgano estatal, adscrito al Consejo Superior de Deportes que decidía en vía administrativa las cuestiones disciplinarias de su competencia. Al amparo del artículo 84.5, sus resoluciones agotaban la vía administrativa y se ejecutaban a través de las correspondientes Federaciones deportivas que eran responsables de su “*estricto y efectivo cumplimiento*”. El tercer paso era, por tanto, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, la Ley de 1990 habilitaba en su artículo 87 únicamente la posibilidad de un arbitraje privado para “*las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, Federaciones, Ligas profesionales y demás partes interesadas*”, según lo que establecieran en su caso, los estatutos de los clubes, las federaciones y las ligas profesionales. Pero, sin embargo, el recurso en el ámbito disciplinario quedaba supeditado a la existencia de una disposición de rango legal que lo autorizara, según lo previsto en la LRJPAC.

Por su parte, el aún vigente Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas delimita en su artículo 35 aquellas materias que no podrán ser objeto de conciliación o arbitraje. Dichas

---

<sup>363</sup> Expresión empleada por BERMEJO VERA, J. en “El marco jurídico del deporte en España”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 110, 1986.

cuestiones refieren a las que siguen: (i) Las que se susciten en las relaciones con el Consejo Superior de Deportes, relativas a las funciones que a este Organismo le estén encomendadas; (ii) Aquellas que se relacionen con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva; (iii) Las relativas a las subvenciones que otorgue el Consejo Superior de Deportes, y, en general, las relacionadas con fondos públicos; (iv) Con carácter general, las incluidas en el artículo 2.º de la LA/1988.

No obstante lo anterior el Real Decreto 1835/1991 reconoce la posibilidad de prever sistemas de conciliación y arbitraje en los Estatutos o normas reglamentarias de las Federaciones deportivas españolas, y las Ligas profesionales, siempre y cuando se suscriba un convenio arbitral entre las partes, por escrito, en el que estas renuncien expresamente a la vía judicial<sup>364</sup>.

Centrándonos en el ámbito disciplinario, Ley Orgánica 7/2006 vino a establecer un sistema de revisión administrativa por el Consejo de Disciplina Deportiva, mediante fórmula arbitral, de la conformidad a Derecho de las resoluciones dictadas por los órganos disciplinarios. Se crea para ello, una comisión específica con funciones, entre otras, de resolución de conflictos en el ámbito deportivo.

La Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica recoge que este nuevo órgano revisor de las sanciones en materia de dopaje es una innovación, y declara además, que el nuevo sistema de revisión de sanciones por dopaje se funda en el artículo 107.2 de la Ley LRJPAC (actualmente, artículo

---

<sup>364</sup> Podemos reseñar en este sentido el Tribunal Arbitral del Deporte, que abarca prácticamente cualquier controversia deportiva y facilita “*the arbitral resolution of sports-related disputes through arbitration conducted by Panels composed of one or three arbitrators.*” (Code: Statutes of ICAS and Cas, Section A, S.3)

112.2 de la LPAC)<sup>365</sup>: “Asimismo, se define un régimen novedoso de revisión de las sanciones en la materia, que trata de dar satisfacción al conjunto de intereses que conviven en el ámbito deportivo, de forma que, sin merma alguna del derecho de defensa ni del derecho a la tutela efectiva, se busquen formas jurídicas diferentes a las del régimen revisor común, a efectos de conseguir que la revisión no suponga una mayor demora, que acabe perjudicando, gravemente, un valor de importancia decisiva: la equidad de las reglas y de las condiciones de participación en la competición deportiva. A este fin, con el amparo previsto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley instaura un sistema de revisión administrativa especial que, con la fórmula arbitral, sustituye al recurso administrativo clásico. Esta fórmula arbitral descansa, en el plano orgánico, en una sección específica del Comité Español de Disciplina Deportiva, órgano que por su independencia funcional cumple los requisitos establecidos en la Ley procedimental común.”

Por tanto, a través de dicha referencia al artículo 107.2 de la LRJPAC se concibe el nuevo sistema “arbitral” de revisión de sanciones como sustitutivo del recurso de alzada.

De otro lado, el sistema “arbitral” concebido se circunscribe única y exclusivamente a la potestad disciplinaria deportiva. Por tanto, tal y como dispone el propio artículo 107.2 de la LRJPAC, aquí la sustitución lo es para

---

<sup>365</sup> Puede verse en este sentido la propuesta de TEROL GÓMEZ, R. en “El estrecho marco jurídico del arbitraje privado en el deporte”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000-2001, pp. 39-56.

un supuesto concreto, cumpliéndose así el requerimiento y límite de dicho precepto<sup>366</sup>.

¿Cuáles son los elementos que permiten dilucidar que estamos ante un cauce sustitutivo del recurso de alzada y no frente a un verdadero arbitraje?

En primer lugar, se trata de un procedimiento de revisión de carácter obligatorio y no voluntario, de ahí que estemos ante un mecanismo sustitutivo y no alternativo del recurso de alzada. Y, en segundo lugar, las resoluciones dictadas por el órgano revisor son recurribles en sede contencioso-administrativa, mientras que la LA común limita los supuestos de revisión de procedimientos arbitrales en vía judicial.

Lo cierto es que inicialmente sí que se pretendía configurar un verdadero arbitraje. Y decimos verdadero por cuanto se naturalizaba con los componentes esenciales del arbitraje, siempre con la competencia del Comité español de Disciplina Deportiva: regulación específica pero con remisión supletoria a la LA común –lo que ya implicaba una asunción de la naturaleza arbitral- con un laudo que se dictaba al finalizar el proceso, título ejecutivo extrajurisdiccional, y sin control jurisdiccional posterior, más allá de la posibilidad de plantear la anulación por las causas estrictamente establecidas en la ley y que, con sus peculiaridades, vienen referidas al control de legalidad del arbitraje, exactamente igual que en el arbitraje de la LA, lo que no es sino la afirmación de que esta anulación no es recurso, sino acción nueva.

La medida 13 del Plan de Lucha contra el Dopaje en el Deporte del Consejo Superior de Deportes de 11 de febrero de 2005 refería a la implantación de un sistema arbitral en materia de dopaje y refería en este sentido, a

---

<sup>366</sup> PAREJO ALFONSO, L., “La revisión administrativa de las sanciones por actos en materia de dopaje”, en CAZORLA PRIETO, L.M., PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley antidopaje en el deporte*, Pamplona, Aranzadi, 2007, p. 297.

dos precedentes normativos: el artículo 25 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Si bien como señala GAMERO CASADO, ambos preceptos refieren a un arbitraje estrictamente privado<sup>367</sup>.

La necesidad de implantar el recurso al arbitraje en materia deportiva ha sido reivindicada incesantemente por parte de la doctrina. Destacamos en ese sentido a TEROL GÓMEZ que señala *“Una excesiva judicialización de los conflictos, precisamente por la ya contrastada tardanza de los Tribunales para resolver, puede ser incompatible con el funcionamiento de la actividad mercantil que hoy constituye el deporte profesional: la inmediatez de los encuentros a disputar y las cortas carreras de los deportistas profesionales son condicionantes a tener muy en cuenta. Solucionar estas disputas, además de rápidamente, con garantías suficientes para que el público que es quien sostiene en negocio del deporte profesional, siga confiando en que los eventos deportivos se desarrollan en condiciones de normalidad, se convierte en un problema de importancia capital. Internalizar el conflicto, sin fisuras y sin dar paso –en primer término y salvo por causas tasadas- a instancias externas, contribuye decisivamente a ello”*<sup>368</sup>.

MERINO MERCHÁN por su parte, añade que *“la específica problemática que se presenta en las relaciones entre clubes y deportistas profesionales lleva a considerar al arbitraje como fórmula idónea para solventar las posibles diferencias contractuales que puedan originarse entre*

---

<sup>367</sup> GAMERO CASADO, E., “¿Un sistema arbitral para el dopaje? Consideraciones y alternativas”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 15, 2005.

<sup>368</sup> TEROL GÓMEZ, R., “El arbitraje privado en el deporte institucionalizado”, en SOSA WAGNER, F. (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, tomo III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 4627.

*unos y otros con las ventajas propias de la institución (discreción y confidencialidad, especialidad de los árbitros designados, reducido coste económico, rapidez en la emisión del laudo –en el término máximo de seis meses–), con apartamiento de la jurisdicción del conocimiento de la controversia (excepción de litispendencia arbitral)”*<sup>369</sup>.

Pese a este paso fundamental que hubiera supuesto la regulación propuesta, la definitiva norma que se presentó no se atrevió en el sentido expuesto y fue una regulación que, aun siendo interesante en cuanto a dar un paso más allá de la Ley de procedimiento administrativo, sin embargo, refleja “un querer y no poder”. No es propiamente arbitraje, sino una vía administrativa sustitutiva de la común y atribuida a esta Comisión específica, regulándose la composición de la comisión<sup>370</sup>, el procedimiento, que se rige –y ahí nos da una clave más- por los principios, garantías y plazos del procedimiento de la LRJPAC, siendo iniciado el mismo ya a instancia del interesado o afectado, ya por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje o por la Agencia Estatal Antidopaje. Los gastos que se generen serán sufragados por las partes que soliciten el mismo y los gastos comunes se sufragarán a partes iguales entre todos los comparecientes. Y se considera que la decisión que se adopta por el Comité de Disciplina Deportiva agotará la vía administrativa y contra la misma –otra nota desnaturalizadora

---

<sup>369</sup> MERINO MERCHÁN, J.F., “El arbitraje como solución de conflictos entre deportistas profesionales y sus clubes y los de éstos entre sí”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3636, 1994.

<sup>370</sup> “El órgano arbitral estará presidido por un miembro del Comité Español de Disciplina Deportiva y compuesto por otros dos miembros designados, respectivamente, por el deportista interesado y por acuerdo entre el miembro del Comité Español de Disciplina Deportiva y el interesado. En el supuesto de que no se llegase a un acuerdo, y ambos convinieran en manifestar la imposibilidad del mismo, el tercer miembro será el presidente del citado Comité. Todos ellos deberán ser licenciados en derecho.”



del mal llamado “arbitraje”- podrá solo interponerse recurso contencioso-administrativo, del que será competente en única instancia el Juez Central de lo Contencioso-administrativo<sup>371</sup>, eliminando el significado esencial de la función arbitral, de la eficacia de la resolución arbitral y del no control jurisdiccional del fallo, más allá del control de legalidad a través de la oportuna acción de anulación. Autores como GAMERO CASADO han defendido que se trata realmente de una mera adaptación o modulación del recurso administrativo, si bien incorporándole características propias del arbitraje<sup>372</sup>.

Como señala PAREJO ALFONSO, *“teniendo en cuenta que el legislador administrativiza la lucha contra el dopaje, poniendo al servicio de ésta la potestad sancionadora disciplinaria delegada en el sector federado y atribuida también directamente al Consejo Superior de Deportes, es claro que ha apreciado un interés público específico justificativo de la intervención administrativa peculiar en que consiste el procedimiento impugnatorio de carácter arbitral (...). En el presente caso la actuación “administrativa de carácter arbitral” es inscribible plenamente en la de servicio al interés general que tiene por objeto el artículo 103.1 CE”*<sup>373</sup>.

La actual Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad administrativa, recientemente modificada por el Real Decreto-ley 3/2017, de 17 de febrero, sigue regulando un sistema de revisión de las sanciones que, aunque emplea el término de “arbitral”, no dejar ser un mecanismo sustitutivo del recurso

---

<sup>371</sup> Se sustanciará este posible recuso a través del procedimiento abreviado previsto en el artículo 78 de la LJCA (Disp. Final Segunda).

<sup>372</sup> GAMERO CASADO, E., “La revisión de las sanciones” en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, Bosch, 2007.

<sup>373</sup> PAREJO ALFONSO, L., “La revisión administrativa de las sanciones por actos en materia de dopaje”, cit., p. 296.

administrativo. La propia norma se contradice puesto que regula en su artículo 40 el recurso administrativo especial en materia de dopaje en el deporte, pero a su vez erige el denominado “Tribunal arbitral del Deporte” para conocer de estos recursos. Y lo cierto, es que el propio precepto establece que *“el recurso especial en materia de dopaje en el deporte se tramitará conforme a las reglas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para el recurso de alzada”*, aunque con ciertas particularidades. Por tanto, la Ley Orgánica 3/2013 sigue la línea implantada por la anterior Ley Orgánica.

Conviene resaltar, además, que mediante la modificación del año 2017 se ha incluido en el artículo 40 la referencia a que las resoluciones sancionadoras podrán ser recurridas por la Agencia Mundial Antidopaje, las Federaciones deportivas internacionales y el Comité Olímpico Internacional o el Comité Paralímpico Internacional ante el órgano y con arreglo a los sistemas de resolución de controversias que sus propias normativas regulen.

El citado sistema de revisión de sanciones es en consecuencia un avance, indudable, respecto de la búsqueda de soluciones más allá del procedimiento administrativo común, aun cuando al final se está produciendo o puede producirse una cierta proliferación de pseudoprocedimientos administrativos bajo el paraguas de este impulso arbitral desde el artículo 112.2 de la LRJPAC.

### **3. El arbitraje intraadministrativo**

La tercera categoría que hemos referido es la del arbitraje intraadministrativo, si bien no se trata de un verdadero arbitraje, sino que se trata de una nueva banalización por parte del legislador del término “arbitraje”. Puede

afirmarse que uno de los motivos que llevaron al legislador español a modificar la LA del 2003 con la aprobación de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, fue la introducción de un procedimiento de resolución de conflictos intraadministrativos, regulando un cauce específico procedimental destinado a resolver conflictos internos entre la propia Administración General del Estado y sus entes instrumentales.

Mediante una Disposición Adicional Única el legislador ha incorporado la supuesta técnica arbitral a la resolución de conflictos en el seno de la propia Administración, en términos algo dudosos respecto de esta naturaleza. Textualmente dispone:

*“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, 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.*

*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) A cuestiones de naturaleza penal, pero sí a las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas.*

*b) A cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste.*

*c) A conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas.*

*d) 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.”*

La Exposición de motivos de la Ley 11/2011 manifiesta que la incorporación de dicho arbitraje institucional a la resolución de controversias interadministrativas es prueba de la eliminación de “*los actuales mecanismos de facto, ajenos al rigor jurídico y a la objetividad que son imprescindibles en una organización que, por imperativo constitucional ha de estar regida por el Derecho y actuar al servicio de los intereses generales bajo la dirección del Gobierno*”<sup>374</sup>.

---

<sup>374</sup> Expositivo IV

Las notas más significativas de esta vía que se introduce mediante la Disposición Adicional Única de la Ley 11/2011, son las siguientes:

1.- Resulta algo llamativa su introducción, pero más llamativa lo es que se efectúe por medio una modificación a la LA de 2003, referida al arbitraje de Derecho privado. La técnica legislativa no es la más adecuada y entendemos que podía haber sido pospuesta a una reflexión mayor, aprovechando las novedades que desde el Grupo de trabajo de Arbitraje de la Comisión para la reforma del Derecho Mercantil Internacional se estaba realizando en el seno de la modificación de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985.

2.- Con esta reforma y la configuración de la Disposición Adicional Única no se crea una verdadera vía arbitral, sino que el legislador conforma un cauce administrativo que podría considerarse *sui generis*, pero próximo a figuras administrativas como el recurso administrativo, aunque con una nota que le diferencia de éste, cual es la de que no es posible recurrir la decisión que se adopte ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. Es de destacar, pese a todo, que no siendo arbitraje, éste algo ha inspirado la regulación de este procedimiento administrativo *sui generis*. Así lo afirma BELANDO GARÍN<sup>375</sup> considerando que esta idea se plasma en, por un lado, que la resolución en este procedimiento administrativo corresponde a un tercero, no al ente que ejerce la tutela, ni a los órganos judiciales; y, por otro lado, que la resolución del conflicto no es cuestionable a través de un recurso administrativo o judicial posterior.

---

<sup>375</sup> BELANDO GARÍN, B., “Disposición Adicional Única”, en BARONA VILAR, S. (coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2 ed., p. 2099.

Sin embargo, el elemento esencial, más allá de la voluntariedad, que tampoco está presente, es el valor de la función del tercero heterocomponedor que resuelve en cuanto se le atribuya una u otra eficacia a su decisión. No se determina y queda en el aire la naturaleza que deba tener la resolución que se dice, y por ello no puede considerarse que estemos ante un título ejecutivo extrajurisdiccional.

3.- El ámbito objetivo de este procedimiento son las controversias jurídicas relevantes, y se interpreta por el mismo legislador lo que a estos efectos debe entenderse por relevante, a saber, aquellas que, con independencia de su cuantía, generen o puedan generar un número elevado 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.

Todo ello sin perjuicio de ciertas cuestiones que quedan excluidas de arbitraje por razón de la materia:

- a) Cuestiones de naturaleza penal, pero sí a las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas.
- b) Cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste.
- c) Conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas.
- d) 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.

4.- El ámbito subjetivo queda circunscrito en esta Disposición a la resolución de conflictos que surjan entre la Administración General del Estado y los Organismos Públicos regulados en el Título III de la ya derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)<sup>376</sup> –entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta- y que vendrán referidos tanto a organismos autónomos como a entidades públicas empresariales y a agencias estatales.

Y a ellos habrá que añadir, porque así se determina en esta disposición adicional, las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General del Patrimonio o los Organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquéllas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias. Ello lleva a la consideración de que en estos casos pareciera que el procedimiento aquí contemplado es residual respecto de otros posibles medios internos que tengan como misión la de resolver sus controversias (salvo es el elemento interpretador en este caso).

Probablemente establecer aquellos sujetos que estarían incorporados en cuanto a la solución de sus conflictos por este procedimiento sea uno de los temas más complejos en esta disposición. La estricta delimitación subjetiva excluye a determinados ámbitos de la Administración (la no estatal), y se refiere a diversos entes que podríamos ubicar en lo que se ha venido a denominar “sector público estatal”<sup>377</sup>, pero al tratar de analizar cada uno de

---

<sup>376</sup> Actualmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>377</sup> GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit., p. 168. En la p. 171 esta autora destaca que “cuando se refiere a organismos públicos, debemos entender



ellos existen numerosas variables que pueden dar lugar a situaciones especiales o excepcionales en el tratamiento aparentemente conjunto que puede hacerse de ellos.

En cualquier caso, ha de destacarse que el ámbito subjetivo supera, como expone ESCARTÍN ESCUDÉ, “*la tradicional negación, tanto doctrinal como jurisprudencial, de la legitimación o capacidad necesaria de los entes institucionales para impugnar jurisdiccionalmente los actos dictados por sus entes matrices, que vino a ser refrendada legislativamente por el artículo 20.c. de la LJCA, al negar, precisamente, la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública a “las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan”*”<sup>378</sup>.

Sin embargo, siguiendo a LOZANO CUTANDA, lo cierto es que se trata de un procedimiento equiparable a los ya existentes para solucionar las controversias entre los distintos órganos de la Administración General del Estado. De ahí que dicha autora cuestione la eficacia de este “nuevo” mecanismo, subrayando que se trata de organismos con poca autonomía y sometidos al control y dirección de la Administración matriz de la que dependen, a tenor de lo previsto en el entonces artículo 42.2 de la LOFAGE<sup>379</sup>.

5.- La Disposición Adicional Única se refiere a la creación de una Comisión Delegada del Gobierno para la resolución de Controversias

---

*comprendidos en la expresión los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las agencias estatales (art. 43 LOFAGE)”.*

<sup>378</sup> ESCARTÍN ESCUDÉ, V., “El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”, *Revista Aragonesa de la Administración Pública*, núms. 39-40, Zaragoza, 2012, p. 156.

<sup>379</sup> LOZANO CUTANDA, B., “El nuevo “arbitraje” entre la Administración y sus entes instrumentales”, *Diario La Ley*, núm. 7716, Sección Tribuna, La Ley, 17 octubre 2011.

Administrativas. Dicha Comisión estará presidida por el Ministro de la Presidencia y tendrán en consideración de vocales nato el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministerio de Justicia. Y se integrarán en la Comisión el Ministro o Ministros de los Departamentos afectados por la controversia, en los términos en que se fije de forma reglamentaria. Será el Ministro de Justicia el que designe dentro del ámbito del órgano que ejerza la Secretaría de la Comisión.

Es la Comisión un elemento más para valorar la naturaleza de este procedimiento. Como pone muy claramente de manifiesto GARCÍA PÉREZ, su composición es coherente con la idea que se transmite en la Exposición de Motivos de la Ley: pretende regular un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para que el Gobierno resuelva los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales. No se persiguen, continúa esta autora afirmando –opinión que compartimos plenamente- como es obvio, objetivos de neutralidad, porque en ese caso la Comisión, más que ser Delegada del Gobierno, tendría que ser independiente de éste; ni el Gobierno tiene la más mínima intención de renunciar a su poder de dirección sobre estos entes instrumentales<sup>380</sup>. De ahí que de concluya esta autora, y asumimos plenamente, esta función de la Comisión, y por ello la naturaleza del procedimiento en el que interviene, que lo pretendido a través de este procedimiento “gestionado” desde la Comisión es alcanzar la unificación de líneas de dirección dentro del mismo Gobierno.

Pero, ¿por qué realizarlo a través de este medio? La respuesta vendría precisamente de la consideración de que hasta el momento no podía obtenerse

---

<sup>380</sup> GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit., p. 176.

por otro medio porque en cada caso concreto las posibles discrepancias venían resueltas desde los diversos Ministerios y es a partir de esta nueva disposición legal que se produce una Comisión mixta en la que se produce esa unificación resolutoria y con ella, obviamente también, una unificación de criterios en la toma de decisiones.

La decisión que se dicte por esta Comisión será vinculante para las partes, estableciendo al efecto las medidas que deban tomarse para solucionar el conflicto o controversias planteados. La resolución de la Comisión Delegada no será recurrible, como dispone el apartado 4 de la Disposición Adicional Única, ante los tribunales de Justicia por las partes en conflicto. Se queda, por ello, en un *tertium genus* entre la resolución administrativa per se, que ofrece acceso a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y el laudo arbitral, que no permite control jurisdiccional del fondo de lo resuelto sino tan solo un control de la legalidad y validez del nacimiento, desarrollo y conclusión del arbitraje, cuestión que aquí no se plantea. De ahí que reiteremos que a pesar del empleo del término arbitraje, no estamos ante un arbitraje como tal, sino ante una vía *sui generis*, de naturaleza administrativa. Entendemos que el legislador ha referido a arbitraje dado que se configura como una institución de resolución de conflictos, alternativa a los tribunales y al proceso judicial, aun cuando la intervención de los tribunales pueda producirse, aun cuando de forma limitada y estrictamente en los supuestos y bajo las condiciones legalmente establecidas. Es decir, se inspira en el arbitraje, y se configura como una vía novedosa, pero no puede concluirse que se trata de un verdadero arbitraje.

Hasta aquí, por tanto, el estudio de los pseudoarbitrajes administrativos, que aun cuando emplean el término “arbitraje” no pueden entenderse como tales, sino como nuevos mecanismos de resolución de disputas. Evidencian

en todo caso, la necesidad de buscar nuevas formas de resolver conflictos con la Administración y una cierta apertura por parte de ésta hacia estas nuevas formas.

#### **IV. LA MATERIALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO: REALIDAD, PERSPECTIVAS Y LIMITES**

##### **1. Análisis de constitucionalidad de la admisión del recurso al arbitraje en materias de Derecho administrativo**

Llegados a este punto, resulta necesario adentrarnos en el estudio de la admisibilidad del recurso al arbitraje en el ámbito de las Administraciones Públicas. No se trata de examinar la actividad arbitral de la propia Administración como medio de solución de conflictos entre particulares, y que, como hemos observado, ha tenido una especial relevancia en materia de consumo, sino de analizar si es posible recurrir al arbitraje para resolver conflictos que enfrenten a un tercero con la Administración.

Como regla general la respuesta tradicional ha sido negativa. Como principales fundamentos para ello se esgrime un conjunto de argumentos que oscilan desde la imposibilidad de la Administración de transigir, a la contraposición entre interés público y privado o la entre discrecionalidad y legalidad. Recuérdese que el artículo 103 de nuestra Constitución establece que la Administración sirve al interés público y que, a su vez, el artículo 106 dispone que el control de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a los tribunales de Justicia, debiendo conciliarse

dicho control judicial con la prerrogativa de la autotutela administrativa, cuestión ya analizada en Capítulos anteriores.

Así, debemos plantearnos si la actual configuración constitucional permite incorporar la solución de los conflictos en los que una de las partes es la Administración mediante cauces alternativos de resolución. Y en su caso, delimitar los posibles límites y reservas constitucionales a este recurso. Para ello, como analizaremos en el Capítulo cuarto de este trabajo, será necesario delimitar claramente aquellas materias en las que el interés público es preponderante y que, por ende, deberán ser excluidas siempre y en todo caso, de un posible recurso a la institución arbitral.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha declarado que únicamente se entienden como constitucionalmente inadmisibles aquellos obstáculos al enjuiciamiento del fondo de un asunto que sean innecesarios y excesivos y que carezcan de cualquier razonabilidad y proporcionalidad (STC 76/1996, de 30 de abril<sup>381</sup>; 60/1989, de 16 de marzo<sup>382</sup>; 48/1995, de 14 de febrero, entre otras<sup>383</sup>). A primera vista, no parece que el recurso al arbitraje cumpla los requisitos fijados por el Tribunal Constitucional para ser entendido como inconstitucional.

A mayor abundamiento, como ya apuntado en epígrafes anteriores de este Capítulo tercero, el Tribunal Constitucional ha declarado que el arbitraje es un “*equivalente jurisdiccional*” (entre otras, las ya citadas STC 62/1991, de 22 de marzo<sup>384</sup>, STC 288/1993, de 4 de octubre<sup>385</sup>), con las mismas garantías que la jurisdicción ordinaria, y que por ende, sustituye al proceso

---

<sup>381</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1996-12337>

<sup>382</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/el/Resolucion/Show/1266>

<sup>383</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/1995/03/18/pdfs/T00048-00053.pdf>

<sup>384</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1701>

<sup>385</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/2417>

judicial. Partiendo de lo anterior, se plantea la compatibilidad del arbitraje en materia de Derecho administrativo con lo dispuesto en los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución Española, asunto sobre el que el Tribunal Constitucional no ha tenido aún ocasión de pronunciarse.

El artículo 103.1 de nuestra Carta Magna dispone que “*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*”, y por su parte el artículo 106.1 añade 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*”.

Por su parte, el artículo 117.3 de la CE atribuye en exclusiva a los jueces y tribunales la función jurisdiccional. En palabras de MUÑOZ MACHADO dicho precepto realiza una “*reserva de la función jurisdiccional*” en los jueces y tribunales, que se impone como límite constitucional al ejercicio por los demás poderes del Estado de sus propias funciones<sup>386</sup>.

Aun cuando el Tribunal Constitucional ha reconocido la compatibilidad del arbitraje con el derecho a la tutela judicial efectiva (eso sí, arbitraje en Derecho Privado<sup>387</sup>), la problemática difiere cuando nos enfrentamos a los artículos 103.1, 106.1 y 117.3 de la CE.

El escollo de la compatibilidad del arbitraje con el artículo 117.3 de la CE no tiene mayor recorrido en tanto y cuanto los árbitros ni ejercen la

---

<sup>386</sup> Puede verse MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, cit.

<sup>387</sup> Entre otras, la ya citada STC 174/1995, de 25 de noviembre y la STC 176/1996, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TC:1996:176).

función jurisdiccional, ni gozan de *imperium* para hacer ejecutar lo juzgado<sup>388</sup>. Si el arbitraje en Derecho privado ha sido aceptado<sup>389</sup> superando la dicción del artículo 117.3 dicha solución es totalmente extensible al ámbito que nos ocupa. Sin embargo, el tema se complica por lo que respecta a los artículos 103.1 y 106.

Una parte de la doctrina administrativista defiende la incompatibilidad del arbitraje con los citados preceptos constitucionales, entre ellos BUSTILLO BOLADO, Para este autor la clave reside en el término “tribunales”, puesto que entiende que el artículo 106.1 mediante dicha referencia está limitando el control por un órgano jurisdiccional. Entiende así, que el arbitraje no afecta al artículo 103.1 dado que el árbitro no sustituye a la Administración, sino al tribunal: “*si la Constitución encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actividad administrativa*

---

<sup>388</sup> En este sentido, ATC 701/1988, de 6 de junio (ECLI:ES:TC:1988:701A): “*Para resolver el presente recurso de amparo constitucional, ha de señalarse, ante todo, que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad prestacional del Estado, que es la prestación de actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse asimismo que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de poderes públicos que lesionan los derechos fundamentales. Ello significa que, si bien en algunos casos los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia respecto de las decisiones de los árbitros pueden ser vulneradoras de tal derecho, esta regla no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad, las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad, manifestada en el contrato de compromiso, o previamente en las cláusulas o pactos compromisorios, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad o, como suele decirse, al leal saber y entender de los árbitros” (FJ 1).*

<sup>389</sup> La licitud constitucional del arbitraje ha sido reiteradamente reconocida por el Tribunal Constitucional. Entre otras, SSTC 43/1988, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:1988:43); 15/1989, de 26 de enero (ECLI:ES:TC:1989:15), y 147/1995, de 16 de octubre (ECLI:ES:TC:1995:147).

*difícilmente puede admitirse que, previo convenio con los sujetos interesados, la propia Administración pueda evadir el control del Poder Judicial y sustituirlo por otro mecanismo alternativo*<sup>390</sup>.

Frente a ello, el autor propone dos justificaciones a la admisión del arbitraje<sup>391</sup>, partiendo de los razonamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitución núm. 34/1995, de 6 de febrero<sup>392</sup>, que en un recurso de amparo por presunta vulneración del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva concluye:

*“Siendo los anteriores preceptos (artículos 1, 9 y 103.1 de la Constitución) 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 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 tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder,*

---

<sup>390</sup> BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, cit., p. 456.

<sup>391</sup> BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos...*, cit, pp. 458-460.

<sup>392</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/1995/03/10/pdfs/T00031-00035.pdf>



*una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas*”<sup>393</sup>.

Así, para BUSTILLO BOLADO la primera pasaría por entender el arbitraje como “*una exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes a la regla general del artículo 106.1 CE*”. Esta alternativa reposaría sobre la motivación legal de dicha exclusión, no pudiendo sustentarse en el principio de eficacia del artículo 103 CE, “*puesto que la eficacia de la Administración difícilmente puede justificar una alteración o una excepción a la regla general de control judicial de la actividad administrativa*”. La justificación sería, por tanto, el derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones. La segunda vía, por su parte, se fundamenta entre otras, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (con especial referencia a la ya apuntada STC 34/1995, de 6 de febrero<sup>394</sup>), a cuyo tenor “*la Constitución no ha definido cuáles han de ser ‘los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional’ ...*”<sup>395</sup>, y por tanto enmarcaría el arbitraje dentro de los supuestos de control del artículo 106.1 de la CE.

Otros autores como LÓPEZ MENUDO entienden, por su parte, que hay que analizar el artículo 106.1 desde la óptica de la exigencia de control judicial de una determinada actuación priorizando en todo momento el control frente a una ausencia de control. En este sentido, la alternativa de recurrir a un tercero imparcial que desempeñe funciones de “equivalente jurisdiccional” (expresión del Tribunal Constitucional) debería ser priorizada frente a la ausencia de control. Aun cuando la Constitución no

---

<sup>393</sup> Fundamento Jurídico tercero.

<sup>394</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/2888>

<sup>395</sup> Fundamento Jurídico tercero.

contempla estas fórmulas arbitrales, lo cierto es que tampoco las excluye<sup>396</sup>.

ROSA MONTERO defiende que la clave reside, igual que para el arbitraje de Derecho privado, en el principio de libre disposición y de autonomía de la voluntad<sup>397</sup>. El Estado puede disponer sobre aquellas materias que así se lo permitan, siendo que, en virtud del principio de legalidad, será, en todo caso, la ley la que deberá fijar el contenido de dicha autonomía. Propugna por tanto que no puede establecerse una “*admisibilidad genérica e ilimitada*”, sino que habrá que estar a la materia concreta<sup>398</sup>.

Téngase presente que las materias susceptibles de someterse a arbitraje deben ser materias de libre disposición de las partes, y de ahí las cautelas por parte del Derecho público, puesto que la actuación administrativa está vinculada al principio de legalidad y de ahí que surjan dudas acerca de si la misma podría entenderse incluida dentro del concepto de “libre disposición”<sup>399</sup>. Pero como hemos avanzado con anterioridad, no resulta difícil detectar materias en las que la Administración no actúa como garante del interés público y que, por tanto, serían susceptibles de ser consideradas como disponibles. Analizaremos en detalle estas posibles materias en el Capítulo cuarto.

---

<sup>396</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho público”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1999, p. 12.

<sup>397</sup> En ese mismo sentido se ha pronunciado en Francia PATRIKIOS, A., *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997, p. 12, nota 25.

<sup>398</sup> ROSA MONTERO, J., *El arbitraje administrativo*, cit., p. 77-79.

<sup>399</sup> TRAYTER, J.M., “El arbitraje en Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo-agosto 1997, p. 85.

A favor de una interpretación amplia se pronuncia también TORNOS MAS<sup>400</sup>. Este autor considera que lo que debe garantizarse es la inexistencia de zonas exentas de control, pero se muestra propenso a la aceptación de medios de resolución alternativos a los tribunales.

A la vista de todas las posiciones expuestas, podemos concluir que la clave reside en la interpretación que se realice del tenor del artículo 106.1 CE. Si se realiza una interpretación literal del mismo, el arbitraje en Derecho administrativo resultaría contrario al texto constitucional, escapando del control de legalidad del artículo 106.1<sup>401</sup>.

Si bien a nuestro juicio, debe primar una interpretación más extensiva de dicho precepto y debe primarse el control de la actividad de la Administración, sin dejar zonas oscuras o exentas de control, pero siempre desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas, ambos propugnados en el artículo 24 CE. Esto último, ligado a la realidad del momento actual, nos lleva a concluir la validez del recurso al arbitraje en Derecho administrativo, siempre con los matices defendidos por ROSA MONTERO en relación con la imposibilidad de aceptar un arbitraje obligatorio, sino la necesidad de estar al caso por caso dependiendo de la arbitrabilidad o no

---

<sup>400</sup> En TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, cit.

<sup>401</sup> Esta es sorprendentemente, la interpretación final a la que se acogen BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, cit. y GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit.

del objeto de la controversia. Este autor reprocha la falta de “avances imaginativos”<sup>402</sup> en esta materia, por los supuestos problemas de constitucionalidad que plantea el arbitraje.

Queda claro que el arbitraje que cabría en Derecho administrativo es particular y distinto del regulado bajo la LA de 2003. Y ello por todo lo expuesto y por la singularidad de la actividad administrativa, así como de la pluralidad de intereses y relaciones en juego. Este hecho pone de relieve la necesidad de disponer de una norma específica que regule el procedimiento arbitral en materia de Derecho administrativo, y fije los límites de qué debe entenderse disponible y sometible a arbitraje, lo que será objeto del Capítulo cuarto.

## **2. Análisis de la regulación arbitral en las normas de Derecho administrativo español**

Aun con numerosas restricciones y cautelas existen ejemplos a lo largo de la Historia de nuestro ordenamiento jurídico administrativo que muestran que el debate acerca de la posibilidad de recurrir a ADR y entre ellos, al arbitraje en materia de Derecho administrativo no es un debate nuevo suscitado por los tiempos en los que vivimos, sino que se trata de una cuestión controvertida desde hace siglos. De hecho, tradicionalmente nuestra legislación se presentó como reacia a la sumisión de la Administración al arbitraje, incluso en materias jurídico-privadas.

---

<sup>402</sup> ROSA MONTERO, J., “Artículo 31”, en MESTRE DELGADO, J.F. (Dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, Madrid, La Ley, 2010, 2ª ed., p. 390.

La primera referencia que encontramos sobre arbitraje en Derecho público se encuentra en el Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852<sup>403</sup> por el que se establece la primera normativa española sobre contratos de servicios públicos cuyo artículo 12 prohibía expresamente recurrir al arbitraje para resolver conflictos derivados de la ejecución de los contratos en los que la Administración fuera parte, obligando a que fuera necesariamente la jurisdicción contencioso-administrativa la que conociera de tales discrepancias: *“Ningún contrato celebrado con la administración podrá someterse á juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos por la via contencioso-administrativa que señalan las leyes vigentes”*.

La cuestión se reguló en 1911 en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, que produce una cierta apertura al permitir su artículo 6, párrafo III, la resolución a través del arbitraje de conflictos en relación con los derechos de la Hacienda Pública, siempre que una Ley previa así lo autorizase. Esta misma concepción fue la que posteriormente encontró acomodo en la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de bases del Patrimonio del Estado, respecto de los bienes o derechos patrimoniales<sup>404</sup> y en el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975<sup>405</sup>.

Y le siguieron posteriormente la Ley General Presupuestaria (aprobada por Real Decreto Legislativo 1091/1988) que posibilitó el sometimiento a arbitraje de las controversias relativas a derechos de la Hacienda pública cuando

---

<sup>403</sup> BOE de 2 de octubre de 1852

<sup>404</sup> Base VI. Tres: *“Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales habrá de preceder una Ley autorizándolo.”*

<sup>405</sup> Artículo 54: *“Las transacciones y arbitrajes se sujetarán a los requisitos establecidos en la Ley de Administración y Contabilidad”*.

se decida expresamente por el Consejo de Ministros, previa audiencia al Consejo de Estado, idea que sería retomada íntegramente por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. A su vez, el Texto Refundido de régimen local aprobado en el año 1986 (Real Decreto Legislativo 781/1986) reconoció que las transacciones y arbitrajes previstos en la Ley General Presupuestaria requerirán de acuerdo del órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma cuando afecten a derechos de las Haciendas de las Entidades Locales.

En esta línea, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Pública (LPAP) se refiere, en su artículo 31, en relación con los conflictos jurídicos derivados de derechos y obligaciones sobre los bienes públicos a que *“no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno (...)”*.

Por tanto, la nota común de todas las anteriores normativas reside en posibilitar el sometimiento al arbitraje con restricciones, ya que exigían una necesaria habilitación o autorización expresa.

Ciertamente, el punto de inflexión se produce, aunque sea nominalmente, con la aprobación de la LRJPAC de 1992, que en su artículo 88.1 ya analizado en anteriores Capítulos, establece que: *“Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas, tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción...”*.

Este precepto es el reconocimiento legal de la posible disponibilidad por parte de la Administración y de la no imposibilidad, por tanto, del arbitraje en el Derecho administrativo. Obviamente las Administraciones Públicas deberán necesariamente cumplir las condiciones legalmente establecidas.

Una directa alusión al arbitraje se incluye, además, en el ya citado artículo 107.2 de la LRJPAC, a cuyo tenor:

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

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

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

Ambos preceptos se encuentran hoy integrados en la LPAC. Pero recuérdese que, pese a este reconocimiento legal que se efectúa en el artículo 112.2 de la LPAC del arbitraje, no se trata de arbitraje en sentido estricto. Posee ciertas connotaciones que impiden afirmar que la institución que allí

se regula sea efectivamente un arbitraje en el sentido que en las páginas precedentes se ha analizado. De hecho, y precisamente como consecuencia de la aprobación de esta LRJPAC, hemos analizado con anterioridad que surgen normas en las que se incorporaban técnicas sustitutivas de los recursos administrativos que se denominan en algunos casos arbitrajes, pero que obviamente no lo son. Se les ha llamado arbitrajes administrativos, pero en realidad son sustitutivos administrativos en los que los elementos esenciales que hemos considerado respecto de la existencia de arbitraje, función jurisdiccional, voluntariedad, independencia e imparcialidad etc, no concurren.

Por tanto, aunque no haya tenido una virtualidad práctica, en 1992 el legislador español quiso incorporar al ordenamiento administrativo la apertura hacia nuevos medios de resolución de los conflictos, como el arbitraje. Y dicha figura ha sido mantenida por el legislador del año 2015, que reproduce íntegramente las previsiones de la LRJPAC en este sentido. Aun cuando efectivamente, no se trate de un verdadero arbitraje, lo cierto es que la previsión existe y con base en la misma sería posible desarrollar un cauce, que aun cuando no equivalente a la vía jurisdiccional, sí sería sustitutivo de los recursos administrativos. No debemos, por tanto, echar en saco roto el hoy artículo 112.2 de la LPAC, sobre el que volveremos en el último capítulo de este trabajo para construir un modelo arbitral que nuestro ordenamiento jurídico ya permite. Sintéticamente, se podrían destacar las siguientes notas características:

- (i) Se trata de un procedimiento heterocompositivo de resolución de controversias planteadas en sede administrativa; es heterocompositivo porque existe un tercero *supra partes* que resuelve;



- (ii) Es un medio sustitutivo del sistema tradicional de recursos administrativos y tiene por ello, carácter extrajudicial; esto llama la atención no tanto por lo que supone de “salir” del entorno judicial, sino porque también pierde el significado de la función que desempeña el tercero;
- (iii) Constituye un equivalente administrativo, siendo así que la resolución que adopta el órgano arbitral tiene carácter de acto administrativo; al ser definido como tal, lo viene a convertir en algo que no es ADR en el sentido pretendido cuando se vino reclamando en la doctrina la incorporación de medios de solución de conflictos no judiciales ni jurisdiccionales;
- (iv) El órgano que actúa como árbitro deberá ser un órgano colegiado o una comisión específica no sometida a instrucciones jerárquicas; esto debe quedar estrictamente garantizado, bajo pena de convertir al tercero que resuelve en juez y parte;
- (v) El procedimiento deberá respetar los principios, garantías y plazos impuestos por las leyes de procedimiento administrativo;
- (vi) Las resoluciones del órgano arbitral podrán ser recurridas en sede judicial mediante recurso contencioso-administrativo; esto no “casa” con el concepto de arbitraje en sentido estricto, a salvo de que esa decisión de recurrir sea muy restrictiva, no siendo un verdadero recurso sino una acción de control de la legalidad.

Es por todo lo expuesto que, como se ha reiterado en la doctrina, no se trata de un verdadero arbitraje sino que muchos administrativistas han venido considerándolo más bien como un procedimiento específico de impugnación

en vía administrativa, sustitutivo del recurso administrativo, que no es ni alternativo ni excluyente del control judicial ordinario<sup>406</sup>.

Siguiendo con el itinerario legislativo realizado hasta el momento, ha de destacarse igualmente la ya analizada 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, que ha sido objeto de estudio en epígrafes anteriores. Pues bien, la referencia a la “*regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado*” hace pensar en un aparente respaldo, si bien únicamente se concreta en la disposición adicional única relativa a controversias jurídicas entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos, y que establece un cauce de resolución de conflictos que pudieran suscitarse entre la Administración estatal y sus organismos públicos o entes instrumentales, así como a las suscitadas entre las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público con su Ministerio de tutela, pero que no refiere en ningún momento a la resolución de conflictos entre la Administración y los ciudadanos o entre Administraciones entre sí.

De todo este itinerario histórico expuesto podríamos destacar que, frente a las reticencias históricas a esta institución en el ámbito del Derecho público, el arbitraje se ha ido abriendo paso dentro del Derecho administrativo en las dos últimas décadas, optando el legislador español por posibilitar, aunque con límites, esta vía de solución de conflictos.

Sin embargo, resulta ilustrativo que en el *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso*

---

<sup>406</sup> GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit., p. 114.

administrativa que se elaboró en el año 2013<sup>407</sup> se propuso una ambiciosa y profunda reforma del régimen de los recursos administrativos, pero sin aludir en ningún momento al arbitraje<sup>408</sup>. Y ello pese a que se han elaborado en los últimos tiempos numerosos trabajos sobre el impulso a la regulación del arbitraje en el ámbito de las Administraciones Públicas, entre los que destaca un borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo en el año 2001, que nunca pasó de un estadio preparatorio<sup>409</sup>.

Por su parte, en el ámbito europeo destaca el denominado Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea<sup>410</sup> que vio la luz en el año 2015, buscando reforzar los principios generales de Derecho de la Unión Europea y mejorar las prácticas del procedimiento administrativo. Ello forma parte de esta nueva idea de utilizar el procedimiento administrativo como “*instrumento de dirección política*”<sup>411</sup> de la Unión Europea. Pero, este Código no identifica la posible incorporación de medios alternativos de resolución de conflictos administrativos como el arbitraje, ni refiere a los mismos.

---

<sup>407</sup>[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+file-name%3DInforme\\_explicativo\\_y\\_propuesta\\_de\\_anteproyecto\\_de\\_ley\\_de\\_eficiencia\\_d\\_e\\_la\\_Jurisdiccio\\_n\\_Contencioso.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_CGC\\_Secciones+especializadas](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+file-name%3DInforme_explicativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_d_e_la_Jurisdiccio_n_Contencioso.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Secciones+especializadas)

<sup>408</sup> Aunque no refiere al arbitraje, sí que contiene referencias a las posibilidades de mejora de la mediación administrativa, como alternativa al litigio así como a la transacción.

<sup>409</sup> [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?\\_pi-ref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI7&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OP-DEF=ADJ&QUERY=\(180%2F000825%2F0000.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_pi-ref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI7&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OP-DEF=ADJ&QUERY=(180%2F000825%2F0000.NDOC.))

<sup>410</sup> MIR PUIGPELAT, O., et alt., *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

<sup>411</sup> BARNES VÁZQUEZ, J. (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2008, p. 18.

Debemos recordar en todo caso, que en el año 2013 ya existía en nuestra LRJPAC una previsión para sustituir los recursos de alzada y reposición por un supuesto arbitraje, con escasa práctica. De ahí que a nuestro entender el prelegislador español no se planteara incorporar dicha previsión al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, donde su aceptación resulta más complicada de articular. Por una parte, no existe una cultura arbitral en materia administrativa, siendo que dicha institución es vista con cierto recelo por parte de la Administración. Si se instaurara un verdadero arbitraje, equivalente a la jurisdicción contencioso-administrativa, debiera admitirse, entre otras cuestiones, que el laudo arbitral que decidiera el litigio no podría ser posteriormente recurrible, a salvo de determinados supuestos tasados. Consideramos que debiera empezarse por favorecer un posible arbitraje en sede administrativa, aprovechando la previsión ya existente, para en caso de éxito, poder incorporarlo posteriormente en sede judicial.

### **3. El debate sobre el arbitraje en derecho administrativo en el Derecho comparado: estado de la cuestión en Francia y Estados Unidos**

Resulta interesante referirnos al estado del debate que aquí nos planteamos, en el Derecho comparado: Estados Unidos, por ser el país como ya hemos explicado, cuna de las ADR, y Francia, por cuanto es el país del que proviene nuestro modelo de Derecho administrativo.

Se trata, sin embargo, de dos modelos muy dispares, y por ende el planteamiento frente a la posible admisibilidad o no del arbitraje en Derecho administrativo difiere. Si bien Francia tiene un modelo administrativo más intervencionista, el modelo americano se diferencia del continental,

no solo por el propio reparto de potestades administrativas, sino también por el modelo de control al ejecutivo, y ello debido, principalmente, a la ausencia de monarquías absolutistas a lo largo de su Historia. De ahí que el modelo de Administración sea diferente y, por tanto, también lo sea la manera de afrontar la posible incorporación de las ADR a las controversias administrativas. En el modelo francés, más intervencionista, resulta más complicado plantearse un posible arbitraje administrativo.

### **3.1 Estado de la cuestión en Francia**

Con todos estos antecedentes, y atendida la gran influencia del Derecho francés en nuestro Derecho administrativo, resulta interesante reflexionar acerca de la admisibilidad y el alcance del arbitraje en el ámbito de actuación de las Administraciones Públicas en nuestro país vecino.

En Francia el principio general sigue siendo el de la prohibición del arbitraje en materia de Derecho Administrativo. Dicha prohibición se encuentra recogida en el párrafo primero del artículo 2060 del Código Civil galo, que dispone que “*on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*”. Es decir, dicho precepto declara la indisponibilidad de las materias en las que intervienen Administraciones y entes públicos y en general, todas aquellas materias de orden público.

Las personas públicas no pueden pues, recurrir al arbitraje, salvo que una ley así lo prevea o bien, que existan concretas estipulaciones de convenios internacionales incorporadas a Derecho interno.

Y lo cierto es que gran parte de la doctrina administrativista francesa se posiciona en contra de la admisión del arbitraje en materia administrativa. Este criterio opuesto al arbitraje ya quedó reflejado en la vieja tradición francesa<sup>412</sup>.

A título ilustrativo, LAFERRIÈRE defiende la imposibilidad de someter la materia administrativa a arbitraje entre otras razones, por el resultado aleatorio del arbitraje y la necesidad de que las cuestiones de orden público francés sean resueltas por una jurisdicción “*instituida por ley*”<sup>413</sup>.

Esta animadversión hacia la institución arbitral encontró también grandes adeptos en los órganos jurisdiccionales franceses y en el Consejo de Estado. Particularmente representativo de esta corriente es el *arrêt* del Consejo de Estado de 13 de diciembre de 1957, *Société Nationale des Ventes de surplus*<sup>414</sup>, relativo a un litigio en el que el Ministro de Finanzas francés había autorizado a la Société nationale de vente de surplus, lo que en Francia se conoce establecimiento público del Estado de carácter industrial y comercial (EPIC), a recurrir a un arbitraje para solucionar un conflicto con una empresa contratante. El Comisario Gazier defendió, sin embargo, el principio tradicional de sometimiento de las cuestiones de Derecho administrativo a los tribunales ordinarios, ligado a la idea de una

---

<sup>412</sup> Por todos, AUBY, J.M., *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, A.J.D.A., 1955, p. 82.

<sup>413</sup> “*Le compromis ne saurait trouver place parmi les contrats de l'Etat car il est de principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par les juridictions instituées par la loi*”, LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Tome II*, Paris, Berger-Levrault et Libraires-Editeurs, 1888, pp. 145-146.

<sup>414</sup> Conseil d'Etat, 13 diciembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, concl. GAZIER.

“*Justice de Estado*”. Entendiendo así, que la institución arbitral representa una “*Justicia privada*” que no puede entenderse como una verdadera “*Justicia de Estado*” y de ahí que el Consejo de Estado francés defienda en esta sentencia la imposibilidad de recurrir al arbitraje en las controversias o disputas con la Administración<sup>415</sup>.

Otro hito a subrayar en la consagración del principio de prohibición del recurso al arbitraje es el *avis* del Consejo de Estado de 6 de marzo de 1986, *Eurodisneyland*<sup>416</sup>. El Consejo de Estado declaró nula una cláusula compromisoria en un contrato entre el Estado francés, algunos entes públicos y la sociedad Walt Disney Productions para el desarrollo de un parque de atracciones en Marne-la-Vallée. El Consejo de Estado<sup>417</sup> consideró que las Administraciones Públicas no pueden sustraerse a las reglas de competencia de las jurisdicciones estatales, sometiendo a la decisión de un árbitro la solución de una disputa de la que son parte<sup>418</sup>. Pero a pesar de ello, unos meses más tarde el legislador francés aprobó la ley nº 86-972 de 19 de agosto de 1986, que a pesar de lo dispuesto en el artículo 2060 del *Code Civil*, autorizó en su artículo 9 la suscripción de cláusulas compromisorias por parte de las entidades territoriales y los establecimientos

---

<sup>415</sup> En el mismo sentido CE Sect. 27 febrero 2004, *Mme. POPIN*, Rec. 86, concl. SCHWARTZ. Puede verse el comentario a esta decisión en LONG, M. et alt., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2009, 17 ed., pp. 858-864.

<sup>416</sup> Conseil d'Etat, Avis 6 mars 1986, *Grands avis du Conseil d'État*, p. 219, comm. D. LABETOULLE

<sup>417</sup> En el mismo sentido, Conseil d'Etat, 29 octubre 2004, *Sueur*, conclus. CASAS.

<sup>418</sup> “*Il résulte des principes généraux du droit public français [que] les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne. Tout compromis ou toute clause compromissoire conclu en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public*”.

públicos en contratos celebrados con sociedades extranjeras<sup>419</sup>. Por tanto, como en nuestro país, la distinción entre nacional e internacional se erigió como límite de aceptabilidad del recurso al arbitraje. Se trata más bien de una distinción entre cuando el Estado actúa *iure imperii*, dotado de prerrogativas, y cuando actúa como un sujeto privado más.

Independientemente de la Convención de Washington de 18 de marzo de 1965 que será objeto de estudio en epígrafes posteriores de este trabajo, debemos destacar el Tratado de Canterbury de 12 de febrero de 1986 firmado entre Reino Unido y Francia, que incorporó la facultad de las personas de Derecho público de acudir a arbitraje en caso de disputas entre ambos Estados y sus concesionarios en el desarrollo de la construcción del túnel de la Mancha<sup>420</sup>. Este tratado previó el recurso al arbitraje tanto en los conflictos entre estos Estados, como para las disputas Estados-concesionarios y entre los propios concesionarios. Pero nuevamente estamos ante un supuesto de admisión del arbitraje por existir un componente internacional y una ausencia de *iure imperii* en la actuación del Estado.

Se trata, por tanto, de un Tratado que admite el arbitraje internacional, pero no tiene incidencia en la aceptación del arbitraje interno o doméstico. Es en este último en el que la Administración actúa como garante del interés público y ejerce potestades administrativas. Es por ello que conviene hacer una distinción entre arbitraje internacional y arbitraje

---

<sup>419</sup> “l'État, 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”. Vid. PATRIKIOS, A., *L'arbitrage en matière administrative*, cit, pp. 125-129.

<sup>420</sup> Vid. MARCOU, G., “La sentence arbitrale relative à la convention d'utilisation du tunnel sous la manche par la SNCF et British rail”, *Annuaire Français de droit international*, XLIII, 1997, pp. 810-841.



interno, la aceptación del primero no conlleva la incorporación del segundo, siendo este último el que nos ocupa en el presente trabajo.

Y en este sentido, tres años después de la firma de este Tratado de Canterbury, el Consejo de Estado vino a confirmar la imposibilidad de someter a arbitraje las controversias derivadas de un contrato administrativo. En el arrêt *Sté. Autoroutes de la Region Rhone-Alpes*, de 3 de marzo de 1989<sup>421</sup> (más conocido como el Arrêt *A.R.E.A.*), el Consejo de Estado reafirmó que el conocimiento de los conflictos surgidos en el seno de la contratación administrativa es competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa. La sentencia anuló la inclusión de una cláusula compromisoria en un contrato entre dos personas privadas, por el hecho de haber sido calificado como contrato administrativo<sup>422</sup>.

El fundamento de dicho rechazo generalizado del arbitraje administrativo en Francia, excepcionable por determinación expresa de la ley, se funda en la imposibilidad de recurrir a otros mecanismos distintos de la jurisdicción especial establecida para el propio control de la Administración. Por tanto, radica principalmente en la regla de la separación entre

---

<sup>421</sup> Conseil d'État, Section, 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, concl. GUILLAUME. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?ol-dAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007731374&fastReqId=768397700&fastPos=1>

<sup>422</sup> “*Considérant qu'aux termes de l'article 2061 du code civil "la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi" ; qu'aucune disposition législative n'autorise les signataires d'un marché de travaux publics à inclure une telle clause dans ce marché ; qu'il suit de là que les stipulations précitées de l'article 17 du marché passé par la société A.R.E.A. avec le groupement d'entreprises I.S.A. sont illégales ; que, par voie de conséquence, la sentence arbitrale du 17 avril 1986, rendue en application de l'article 17 est dépourvue de base légale ; que, dès lors, la société A.R.E.A. est fondée à en demander l'annulation.*”

Administración y Poder Judicial, en la noción de orden público y de servicio de interés general así como en la incapacidad de las personas públicas de someter sus conflictos a arbitraje<sup>423</sup>.

Sin embargo, ni el Consejo de Estado ni el Consejo Constitucional francés (*Conseil Constitutionnel*) atribuyen al principio de prohibición de recurrir a arbitraje en materia administrativa valor constitucional. Para el primero<sup>424</sup> se trata de un principio general de Derecho público francés, mientras que para el segundo<sup>425</sup> estaríamos ante un principio con valor legislativo.

En la década de los 90 se empieza a presenciar una cierta revisión de esta oposición al arbitraje en materia administrativa. Así, entre otros, DEVOLVÉ defendió la admisión del arbitraje en materia de contratos con la Administración<sup>426</sup>.

Al mismo tiempo el ordenamiento jurídico francés empieza a presenciar, una cierta apertura a favor de la institución arbitral. La promulgación de la Ley nº 2001-420 de 15 de mayo de 2001 (Ley NRE) decide hacer de la excepción un principio, estableciendo en su artículo 126 que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones legislativas concretas, la cláusula compromisoria es válida en los contratos concluidos en el marco*

---

<sup>423</sup> El arbitraje está prohibido en nuestro país vecino, salvo excepción, para todas las personas públicas e incluso en los litigios de naturaleza comercial. Nótese que, sin embargo, en los contratos internacionales se permite el sometimiento a arbitraje aun cuando una de las partes sea un Estado o un ente público.

<sup>424</sup> Conseil d’Etat, 29 octubre 2005, CNCCFP, *Sueur*.

<sup>425</sup> Conseil Constitutionnel, 2 diciembre 2004, decisión nº 2004-506 DC.

<sup>426</sup> DEVOLVÉ, P., comunicación presentada en la Asociación Francesa del Arbitraje el 17 de septiembre de 1990, citado en PATRIKIOS, A., cit, p. 55.

de una actividad profesional”<sup>427</sup> “De esta manera, sería aceptable el recurso al arbitraje en un contrato administrativo en el que la Administración actuara en el ejercicio de su “actividad profesional”, quedando excluidos los contratos entre particulares o los contratos de consumo.

Cabría plantearse, además, si cualquier Administración o ente público merece el mismo trato o si, por el contrario, debería delimitarse la posibilidad de recurrir a arbitraje según el ámbito material y formal de la actuación administrativa.

El ordenamiento francés distingue entre los establecimientos públicos de carácter administrativos (EPA) y los establecimientos públicos industriales y comerciales (EPIC). Esta distinción surge con la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales, cuyo hito a destacar es el *arrêt* del Tribunal de Conflictos (*Tribunal des conflits*), de 22 de enero de 1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain*<sup>428</sup> (más conocido como “Bac d’Eloka”), que estableció la distinción entre entre servicios públicos industriales y comerciales (que atribuye a los denominados “EPIC”) y servicios públicos administrativos (que corresponden a los “EPA”).

El *arrêt* del Conseil d’Etat *Union syndicale des industries aéronautiques*<sup>429</sup> fijó los criterios para distinguir más claramente los EPA y los EPIC. Así, para que un establecimiento público sea calificado de EPIC debe cumplir los tres criterios que siguen: (i) dedicarse a la producción y

---

<sup>427</sup> “*Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d’une activité professionnelle.*”

<sup>428</sup> Tribunal des Conflits, 22 enero 1921, *Société Commerciale de l’Ouest Africain*, Rec. 91, concl. MATTER. Vid. LONG, M. et alt, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., pp. 217-225.

<sup>429</sup> Conseil d’Etat, Ass, 16 noviembre 1956, *Union syndicale des industries aeronautiques*, concl. LAURENT.

comercialización de bienes y servicios, (ii) ingresos provenientes únicamente de los destinatarios de esos bienes y servicios; (iii) funcionamiento como una empresa privada. A pesar de ello, la distinción entre EPA y EPIC sigue siendo poco clara en la práctica.

En todo caso, la prohibición de arbitraje se extendió inicialmente a todos los establecimientos públicos, tanto EPA como EPIC. Pero ello tiene mayor impacto en el caso de los EPIC puesto que aun cuando se trata de un ente público, tiene un claro componente “privado” (industrial y comercial). Los litigios entre un EPIC y sus usuarios o bien entre un EPIC y cualquier distribuidor son de Derecho privado desde el mismo momento en que la persona pública no ejerce ninguna prerrogativa administrativa y por ende, bajo este supuesto, el arbitraje debería ser aceptado. De ahí la necesidad de tener en cuenta esta especial categoría de entes públicos y de permitir el recurso al arbitraje para poder adaptarse a las necesidades de la vida económica<sup>430</sup>.

Partiendo de lo anterior, y ante la constante denuncia por parte de la doctrina y de los comerciantes, en 1975 se incorporó el siguiente inciso al artículo 2060 del *Code Civil*: “*No obstante, algunas categorías de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial pueden estar autorizados por decreto a recurrir a arbitraje*”<sup>431</sup>. Desde entonces, no son

---

<sup>430</sup> KAMGA, J., *L'arbitrage en matière administrative. Aspects du droit positif français*, Saarbrücken, Editions universitaires européennes, 2015, pp. 31-33.

<sup>431</sup> “*Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.*”

muchos los supuestos en los que se ha autorizado a los EPIC a recurrir a la institución arbitral<sup>432</sup>.

La apertura hacia la aplicación de fórmulas arbitrales en el Derecho administrativo francés ha sido cada vez más evidente y varios son los ejemplos que demuestran la progresiva incorporación de fórmulas arbitrales al ámbito administrativo.

Conviene empezar con en el artículo 69 de la ley de 17 de abril de 1906 de presupuestos generales que permitía el recurso al arbitraje para las liquidaciones de gastos de obra pública y de suministros<sup>433</sup>. Esta excepción al hasta entonces principio de prohibición del arbitraje fue posteriormente recogida en el artículo 128 del *Code des Marchés Publics* estableciendo que “*Conforme al artículo 69 de la ley de 17 de abril de 1906 que aprueba el Presupuesto general de gastos e ingresos del ejercicio 1906, el Estado, las colectividades territoriales o los establecimientos públicos locales pueden, para la liquidación de sus gastos de trabajo y suministros, recurrir a arbitraje en los términos del libro IV del código de procedimiento civil*”<sup>434</sup>, con el matiz de que en el caso del Estado, el recurso al arbitraje deberá ser autorizado por decreto, tras informe del Ministerio competente y del Ministerio de Economía. Se trata de introducir el compromiso de recurrir al arbitraje en caso de conflicto pero no una

---

<sup>432</sup> A título ejemplificativo, Decreto nº 2002-56 de 8 de enero relativo a *Charbonnages de Frances et des Houillères de bassin, Électricité de France y Gas de France* y el Decreto nº 2008-12 de 3 de enero de 2008 relativo a las condiciones en las que las Cámaras de comercio y a sus establecimientos adscritos pueden recurrir al arbitraje.

<sup>433</sup> PATRIKIOS, A., *L'arbitrage en matière administrative*, cit., p.138.

<sup>434</sup> “*Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du Budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements public locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile*”

obligación o una cláusula arbitral tal y como se conoce en el Derecho privado<sup>435</sup>.

Pero lo cierto es que tanto la ley de 1906 como el *Code des Marchés Publics* remite al *Code de procédure civile* para fijar los principios que deberán regir el proceso arbitral.

Por otra parte, el legislador francés ha permitido puntualmente el recurso al arbitraje ya sea para organismos o entes determinados (como la SNCF o la Poste), ya sea para concretas materias, como las disputas nacidas de la ejecución o interpretación de los contratos administrativos concluidos “*pour la réalisation d’opérations d’intérêt national*” y con componente internacional<sup>436</sup>.

En efecto, el artículo 9 de la ley n° 86-972 de 19 de agosto de 1986 sobre disposiciones diversas relativas a las colectividades locales autoriza la inclusión de cláusulas arbitrales por parte de las colectividades territoriales y los establecimientos públicos franceses cuando se trata de contratos con sociedades extranjeras para la realización de actividades de interés general. Este precepto se llevó a cabo exclusivamente para el caso de *Eurodisneyland*, al que nos hemos referido *supra*.

Por su parte, la ordenanza n° 2004-559 de 17 de junio de 2004 sobre contratos de colaboración público-privado reconoce la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales a este tipo de contrato por la complejidad de estos contratos, su carácter internacional y la presión ejercida por los principales promotores y bancos.

---

<sup>435</sup> En normas posteriores de 1982 y 1990 se autorizó el recurso a esta técnica a determinadas empresas públicas estatales.

<sup>436</sup> Artículo 9 de la Ley n°86-972 du 19 août 1986.

A raíz de esta ordenanza, el Consejo de Estado entendió que la Ordenanza de 17 de junio de 2004 reguladora de los contratos de colaboración público-privada permitía transigir y aceptar el sometimiento a arbitraje “*compte tenu de la complexité*” de estos contratos “*rendant nécessaire la mise en place de modalités adaptées de règlement des litiges*”<sup>437</sup>.

En cuanto a las excepciones incorporadas por el legislador en relación con determinados entes públicos, la ley nº 82-1153 de 30 de diciembre de 1982 de ordenación del transporte reconoce en su artículo 25 la posibilidad de que la *Société Nationale des Chemins de Fer* (SNCF) pueda recurrir al arbitraje. En el mismo sentido, la ley nº 90-568 de 2 de julio de 1990 recoge en su artículo 28 que *La Poste* y *France Télécom* disponen de la facultad de concluir convenciones arbitrales<sup>438</sup>.

En el ámbito de la enseñanza superior, el artículo L.711-1 del Código de la Educación recoge que se podrá recurrir a arbitraje en aquellos supuestos derivados de la ejecución de los contratos concluidos con organismos extranjeros.

Ahora bien, esta visión aperturista e integradora del arbitraje no ha encontrado por el momento acopio en la jurisprudencia. Pero destaca el estudio del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1993 “*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*”<sup>439</sup> que proponía la extensión del arbitraje al conjunto de contratos concesionales. Por su parte, en marzo de 2007 se presentó el denominado

---

<sup>437</sup> Conseil d’Etat, 7/2 SSR, 29 octubre 2004, *Sueur et autres*, concl. CASAS.

<sup>438</sup> KAMGA, J., *L’arbitrage en matière administrative*, cit, p. 45.

<sup>439</sup> CONSEIL D’ETAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, cit.

“*Rapport Labetoulle*”<sup>440</sup> resultado del grupo de trabajo sobre arbitraje a petición del *Garde des sceaux* francés. El objeto de dicho grupo de trabajo era reflexionar sobre las hipótesis y condiciones bajo las cuales la Administración y los entes públicos podrían recurrir a arbitraje para resolver sus disputas. El Informe se presentó junto con un proyecto de ley de 14 artículos. Pero no parece que el *Rapport Labetoulle* haya dado lugar a desarrollos posteriores, ni que el proyecto de ley haya tenido mayor recorrido.

### 3.2 *Estado de la cuestión en Estados Unidos*

Mucho más distante en sus planteamientos y soluciones, aunque dotado siempre de una cierta influencia, y en contraste con esta posición francesa, se encuentra en Estados Unidos, la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996<sup>441</sup>. Sin embargo, debemos recordar que como ya hemos mencionado con anterioridad en este trabajo, el modelo administrativo americano difiere sustancialmente del modelo español, no sólo por las potestades atribuidas a cada uno de los poderes del Estado, sino también por el sistema de control a las agencias administrativas, quienes detienen las potestades atribuidas en nuestro país a la Administración.

---

<sup>440</sup> Informe del grupo de trabajo sobre arbitraje dirigido por Daniel LABETOULLE, 13 de marzo de 2007. Texto íntegro incluido como Anexo 1 en KAMGA J., *L'arbitrage en matière administrative*, cit., pp. 97-115.

<sup>441</sup> The Administrative Dispute Resolution Act of 1996, Pub. Law 104-320 (amending Pub. Law 101-552 and Pub. Law 102-354), H.R. 4194. Con carácter general y, entre otros muchos, WARD, M., “Public Fuss in a Private Forum”, *Harvard Negotiation Law Review*, 1997, Vol. 2, pp. 217 y ss.; EVANS, R.J., “The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving Federal Agency Use of Alternative Dispute Resolution Processes”, *Administrative Law Review*, 1996, vol. 50, pp. 217 y ss.



Pues bien, la citada *Administrative Dispute Resolution Act*, que reforma diversas disposiciones del US Code, admite el juego del arbitraje en relación con el funcionamiento de la Administración en distintos ámbitos de su actividad. La Sección 2 de esta norma –Findings- precisa que los procedimientos administrativos “*have become increasingly formal, costly, and lengthy resulting in unnecessary expenditures of time and in a decreased likelihood of achieving consensual resolution of disputes*”<sup>442</sup>. Así, la experiencia positiva derivada del uso durante años de mecanismos ADR en el sector privado que genera soluciones más rápidas, económicas y menos contenciosas, que resultan, además, altamente creativas, eficientes y sensatas<sup>443</sup> deben ser exploradas en el ámbito administrativo. En línea con ello, la Ley obliga a la Administración a adoptar “*a policy that addresses the use of alternative means of dispute resolution and case management*”<sup>444</sup>. En concreto, debe explorarse este uso en relación con: “(A) *formal and informal adjudications; (B) rulemakings; (C) enforcement actions; (D) issuing and revoking licenses or permits; (E) contract administration; (F) litigation brought by or against the agency; and (G) other agency*”<sup>445</sup> *actions*”<sup>446</sup>.

Como consecuencia de esta Ley de 1996 la sección 571 del Título 5 del US Code –*Governement Organization and Employees*-, entre otras disposiciones federales-, fue reformado para reconocer el uso de mecanismos

---

<sup>442</sup> Sección 2.2 de la Ley.

<sup>443</sup> Sección 2.3 y 4 de la Ley.

<sup>444</sup> Sección 3.a de la Ley.

<sup>445</sup> La noción de “agency” se define en la sección 551.1 del Título 5 del US Code: “*‘agency’ means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency*”. De esa noción quedan excluidos el Congreso de los Estados Unidos, los tribunales de los Estados Unidos y otras autoridades que determine la propia norma.

<sup>446</sup> Sección 3.a.2 de la Ley

de resolución alternativa de conflictos en el funcionamiento de la Administración. En tal sentido, la Sección 571 afirma que bajo el término ADR se engloba “*any procedure that is used to resolve issues in controversy, including, but not limited to, conciliation, facilitation, mediation, factfinding, minitrials, arbitration, and use of ombuds, or any combination thereof*”<sup>447</sup>. Estos medios, que deben ser fomentados por la Administración<sup>448</sup>, sin embargo, no son vistos como únicos, sino que se destaca claramente su carácter voluntario y su condición de “*supplement rather than limit (a) other available agency dispute resolution techniques*”<sup>449</sup>.

Asimismo, la Sección 572 –General Authority- del Título 5 del US Code permite el uso de “*a dispute resolution proceeding for the resolution of an issue in controversy*”<sup>450</sup> *that relates to an administrative program, if the parties agree to such proceeding*”<sup>451</sup>. La noción de “*administrative program*” viene ofrecida por la Sección 571.2 del Título 5 del US Code, que precisa que este término “*includes a Federal function which involves protection of the public interest and the determination of rights, privileges,*

---

<sup>447</sup> Sección 571.3 del Título 5 del US Code.

<sup>448</sup> Sección 573.c del Título 5 del US Code.

<sup>449</sup> Sección 572.c del Título 5 del US Code.

<sup>450</sup> La Sección 571.8 del Título 5 del US Code señala lo que sigue: “*'issue in controversy' means an issue which is material to a decision concerning an administrative program of an agency, and with which there is disagreement - (A) between an agency and persons who would be substantially affected by the decision; or (B) between persons who would be substantially affected by the decision*”.

<sup>451</sup> En todo caso, y tal como precisa la Sección 575.c del Título 5 del US Code: “*Prior to using binding arbitration under this subchapter, the head of an agency, in consultation with the Attorney General and after taking into account the factors in section 572(b), shall issue guidance on the appropriate use of binding arbitration and when an officer or employee of the agency has authority to settle an issue in controversy through binding arbitration.*”. En materia tributaria, puede verse CRUZ DE QUIÑONES, L., “El arbitraje y el derecho tributario”, en SILVIA ROMERO, E. y MANTILLA ESPINOSA, F., *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Universidad de Rosario/Legis, 2005, pp. 479-480.

*and obligations of private persons through rule making, adjudication, licensing, or investigation, as those terms are used in subchapter II of this chapter”*. Esta misma Sección 572 plantea que una Administración no haga uso de estos medios de resolución alternativa de litigios en cierto tipo de litigios claramente definidos por ella<sup>452</sup>. En concreto, señala que:

*“(b) An agency shall consider not using a dispute resolution proceeding if*

*(1) a definitive or authoritative resolution of the matter is required for precedential value, and such a proceeding is not likely to be accepted generally as an authoritative precedent;*

*(2) the matter involves or may bear upon significant questions of Government policy that require additional procedures before a final resolution may be made, and such a proceeding would not likely serve to develop a recommended policy for the agency;*

*(3) maintaining established policies is of special importance, so that variations among individual decisions are not increased and such a proceeding would not likely reach consistent results among individual decisions;*

*(4) the matter significantly affects persons or organizations who are not parties to the proceeding;*

*(5) a full public record of the proceeding is important, and a dispute resolution proceeding cannot provide such a record; and*

---

<sup>452</sup> Decisión que puede ser recurrida de acuerdo con lo que dispone la Sección 581. - Judicial Review (FOOTNOTE 1)- del Título 5 del US Code.

*(6) the agency must maintain continuing jurisdiction over the matter with authority to alter the disposition of the matter in the light of changed circumstances, and a dispute resolution proceeding would interfere with the agency's fulfilling that requirement*<sup>453</sup>.

La Sección 575 del Título 5 del US Code refiere explícitamente al recurso al arbitraje en los conflictos con la Administración pública. En efecto, el apartado 1 de este precepto admite explícitamente el uso del arbitraje como un medio alternativo de resolución de disputas entre Administración y administrados “*whenever all parties consent*”. Y dispone que este consentimiento puede obtenerse antes o después de que la disputa haya surgido. La opción a favor del arbitraje, además, es flexible, dado que las partes pueden decidir someter la totalidad o parte de las controversias existentes a arbitraje o, incluso, aceptar el arbitraje “*on the condition that the award must be within a range of possible outcomes*”<sup>454</sup>.

El laudo alcanzado será ejecutable, de acuerdo con la Sección 576 del Título 5 del US Code, “*pursuant to section 4 of title 9, and no action brought to enforce such an agreement shall be dismissed nor shall relief therein be denied on the grounds that it is against the United States or that the United States is an indispensable party*”<sup>455</sup>. En todo caso, el laudo dictado al amparo de este subcapítulo “*may not serve as an estoppel in any other proceeding for any issue that was resolved in the proceeding. Such an award also may not be used as precedent or otherwise be considered*

---

<sup>453</sup> Sección 572.b del Título 5 del US Code.

<sup>454</sup> Sección 575.a.1.A y B del Título 5 del US Code.

<sup>455</sup> En este sentido, Sección 580.c del Título 5 del US Code.

*in any factually unrelated proceeding, whether conducted under this subchapter, by an agency, or in a court, or in any other arbitration proceeding*"<sup>456</sup>.

#### **4. Supuestos específicos de arbitraje en derecho administrativo: referencia al ámbito de la contratación pública y a otros ámbitos con especial preponderancia del interés público**

Llegados a este punto, hemos de referirnos a concretos ejemplos de arbitraje en materia de Derecho administrativo en nuestro país, aun cuando resulta sencillo constatar la poca difusión entre nuestras normas legales de tal instrumento. Y en este sentido, vamos a centrar nuestro análisis en el ámbito de los contratos públicos, en el que el legislador ha ido venciendo obstáculos hasta aceptar, aunque con poca repercusión práctica hasta la fecha, el recurso al arbitraje administrativo. Junto a ello, además, vamos a hacer frente a otras realidades en las que la Administración responde de su actuación frente a los administrados a través de mecanismos distintos al mero recurso a los tribunales ordinarios. Así, nos referiremos a la singularidad de las obligaciones internacionales adquiridas por nuestro país a través de los diversos convenios de los que es parte. Y haremos una breve referencia al uso del arbitraje en las controversias surgidas al amparo de los convenios de doble imposición que vinculan a España, un uso en el que el administrado sigue jugando un papel indirecto, limitado a la activación del proceso. Por último, nos referiremos al uso del arbitraje para la resolución de controversias surgidas entre organizaciones internacionales y

---

<sup>456</sup> Sección 580.c del Título 5 del US Code.

particulares y mencionaremos el supuesto del arbitraje de inversiones, objeto de notables y rápidas alteraciones en los últimos tiempos.

#### **4.1 Contratación con las Administraciones Públicas**

Tradicionalmente el principal obstáculo para aceptar la institución arbitral en los contratos celebrados entre sujetos privados y las Administraciones públicas se debió al régimen jurídico exorbitante de los contratos administrativos y a la especial posición de la Administración en los mismos, frente a una institución como el arbitraje, de marcado carácter privado y basada en la igualdad y la autonomía de las partes. Y, sin embargo, fue en materia de contratación pública en la que se tendió una lanza a favor del arbitraje.

Con el transcurso del tiempo se ha evolucionado de la total prohibición que dispuso el ya apuntado Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852, a la admisibilidad del arbitraje en materia de contratación, aunque con la ya referida carencia de una adecuada regulación. Un dato esencial que lastra el desarrollo de la institución en este ámbito.

La Ley de arbitraje de 1953 ciñó el campo de aplicación del arbitraje estrictamente al Derecho privado. Pero esta situación cambió con la LA/1988, que eliminó el riguroso carácter privatista del arbitraje que había concedido la Ley anterior.

Es más, durante el debate parlamentario que precedió a la LA/1988 se planteó la introducción de la terminología “*pública o privada*” en el artículo 1, así como el acogimiento de un organismo arbitral *ad hoc* para canalizar los

arbitrajes que pudieran plantearse sobre cuestiones de contratación pública o de Derecho administrativo general<sup>457</sup>.

La primera referencia al arbitraje que se incluye en una ley de contratos públicos se encuentra en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Fue durante la tramitación del anteproyecto de esta Ley que el Consejo de Estado evidenció un trato desigual entre los contratos suscritos con empresas nacionales y los firmados con empresas extranjeras<sup>458</sup>. En su momento, el Consejo de Estado español en su Dictamen 214/1992, de 21 de mayo<sup>459</sup>, subrayó la necesidad de generalizar la técnica del arbitraje, limitada a los contratos con componente extranjero, a toda la contratación administrativa<sup>460</sup>.

No obstante lo anterior, el artículo 117.3 de dicha Ley 13/1995 preveía que *“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. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del*

---

<sup>457</sup> FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P., AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso administrativo*, Vol. II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 129.

<sup>458</sup> GARCÍA ORTELLS, F., “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho Público”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 16, 2013.

<sup>459</sup> <http://doctrina-administrativa.vlex.es/vid/-314968890>.

<sup>460</sup> En el apartado referido a las “reglas de aplicación a los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero”, el Consejo de Estado se pronuncia como sigue: *“(…) El precepto no suscita objeción en sí mismo; pero sí en su constreñimiento al ámbito de la contratación que se celebre en el extranjero, no haciéndose extensivo a la contratación con las empresas nacionales como una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso. El Anteproyecto, atento en otros extremos a agilizar el régimen de la contratación pública y abierto en general a su renovación, parece acusar, sin embargo, en esta materia la rigurosidad con que se ha venido considerando tradicionalmente la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos del Estado, al no haber dado acceso a su ámbito al único precepto reglamentario que trata de aquella con carácter general.”*

*Consejo de Ministros.*” Por tanto, esta Ley afirmaba un evidente interés por el recurso al arbitraje en aquellos contratos celebrados entre la Administración y sociedades extranjeras.

Y sin embargo, en claro contraste con lo apuntado respecto de los contratos con empresas extranjeras, para los celebrados con empresas nacionales añadía en su artículo 61.2 que *“el sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas”*, siendo que el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria requería a su vez, su aprobación mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. Los obstáculos impuestos al arbitraje en estos casos, eran indiscutibles.

Aunque el avance fue importante puesto que se admitió el recurso al arbitraje en los contratos de la Administración siempre que se cumplimentaran los requisitos de la Ley General Presupuestaria o las correspondientes leyes normas administrativas, esta remisión no deja de ser un movimiento hacia delante pero ciertamente errático, en cuanto en modo alguno implica una admisión clara y expresa del arbitraje en materia de Derecho administrativo.

Sin embargo, 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, se mantuvo en la misma línea, recogiendo el mismo tenor en sus artículos 60.2 y 117.3.

Fue con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que se implantó definitivamente el arbitraje como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 39, que posteriormente



pasaría a ser el artículo 320<sup>461</sup>, reza lo siguiente: “*Los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública 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.*” La Ley 30/2007 permite así, que las entidades públicas que no tengan carácter de Administraciones Públicas sometan a arbitraje aquellas dispuestas que puedan surgir durante la vida de sus contratos, declarando explícitamente la arbitrabilidad de los conflictos relativos a la ejecución y extinción de los contratos. Desaparece, además, en la Ley 30/2007 el condicionamiento del sometimiento a arbitraje a lo dispuesto por la Ley General Presupuestaria.

Como señala GARCÍA PÉREZ, el artículo 39 de la Ley 30/2007 (y posteriormente, el 320) “*abandona definitivamente los intentos de una legislación más flexible, o al menos no tan expresiva en sus limitaciones, respecto a la utilización de la técnica arbitral para resolver controversias jurídico-públicas que versen sobre contratación.*” Y añade la autora que “*al ceñir la materia susceptible de arbitraje a “los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, que son aspectos que se rigen por Derecho privado y que correspondería conocer en vía jurisdiccional a los Tribunales civiles, la Ley no viene si no a declarar expresamente una posibilidad que ya estaba abierta por aplicación de las normas de Derecho privado: la de acudir al*

---

<sup>461</sup> El artículo 320 fue incorporado por el artículo 1.3 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y LJCA para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

*arbitraje privado para resolver conflictos relativos a materias sometidas al Derecho privado*”<sup>462</sup>.

Dicho precepto de la Ley 30/2007, se reprodujo en el artículo 50 del TRLCSP de 2011, aunque ha resultado suprimida en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Procede recordar que a tenor de dicha regulación del TRLCSP de 2011 las impugnaciones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada continúan siendo sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, así como las impugnaciones relativas a la preparación y adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada a la jurisdicción civil.

Sin embargo, por su parte la disposición adicional primera de la Ley 30/2007 subrayaba la importancia y la conveniencia de incorporar cláusulas de arbitraje en los contratos en el extranjero, como sucede en otros modelos comparados, explicitando que: “3. *En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. (...)*”

Esta misma solución legislativa se mantiene en el posterior 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. Por un lado, su artículo 50 reproduce íntegramente el texto del anteriormente citado artículo 39 de la Ley 30/2007. Y por otro, la Disposición Adicional primera –“Contratación en

---

<sup>462</sup> GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, cit., pp. 105-106.

el extranjero”- en cuyo numeral 2 se afirma que “*En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles*”. Mientras que, tal como precisa el numeral 3, si estos contratos son celebrados 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 todo caso, añade, “*(E)n estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.*”

Con este marco normativo, se posibilita el recurso al arbitraje en materia de contratación pública, si bien dependerá de que dicha alternativa se prevea en los pliegos que rigen la contratación. Y, también en cuanto a su facilidad, del carácter nacional o extranjero de la empresa con la que se contrate, lo que supone de hecho imponer una traba a las empresas españolas frente a las extranjeras que, algo que especialmente en relación con aquellas pertenecientes a la UE, plantea la cuestión de la lógica de imponer a las empresas nacionales condiciones más rígidas de las que se imponen a las extranjeras<sup>463</sup>.

Pero, ¿lo que regula la normativa de contratación es un verdadero arbitraje administrativo? Lo cierto es que no. Téngase en cuenta el tenor del

---

<sup>463</sup> A título ejemplificativo, destaca la creación del Tribunal de Arbitraje para la Contratación Pública (TACOP), institución arbitral privada constituida en el seno de la Asociación Europea de Arbitraje. Dicho Tribunal conoce de las controversias relativas a la ejecución, modificación y extinción de los contratos adjudicados por entes, organismos o entidades del sector público que no tengan carácter de Administraciones Públicas (en el mismo sentido que lo dispuesto en el artículo 320 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público).

artículo 50 del TRLCSP: “*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*”. Es decir, el legislador español ha incluido en la normativa de contratación administrativa una referencia a la posibilidad de someter a arbitraje de Derecho privado aquellas controversias surgidas en relación con los efectos, cumplimientos y extinción de los contratos celebrados con entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, es decir, de los contratos privados. Por tanto, excluye el arbitraje en los contratos administrativos, propiamente dichos, y no remite a un posible modelo arbitral de Derecho administrativo, sino a las normas de la LA de 2003.

Si bien, lo anterior es matizable. En este sentido cabe diferenciar dos conjuntos de actos o dos partes. Por una parte, las normas relativas a la competencia, preparación y adjudicación del contrato; y por otra, el conjunto de derechos y obligaciones que dan lugar al cumplimiento, eficacia y extinción del contrato en sí mismo. Son estos últimos los que son susceptibles de someterse a arbitraje.

De conformidad con lo regulado en el TRLCSP, no son susceptibles de arbitraje las controversias sobre capacidad y solvencia de las empresas, garantías, clasificación, tramitación expedientes de contratación y adjudicación puesto que no puede entrar el árbitro a conocer de intereses públicos generales ni de las reglas exorbitantes de la Administración, ni tampoco puede esta última renunciar a ellas. En este sentido, queda excluido de arbitraje también el *ius variandi* que permite a la Administración modificar unilateralmente un

contrato, dado que dicho poder no proviene del contrato propiamente dicho sino de la Ley que exige a la Administración velar por el interés público<sup>464</sup>.

El árbitro puede, por tanto, enjuiciar el contenido de un determinado negocio contractual, pero en modo alguno puede entrar a valorar el ejercicio de una potestad administrativa. Pero en todo caso, sí que sería materia arbitrable, por ejemplo, las posibles medidas compensatorias derivadas del ejercicio de una potestad administrativa.

Si se analiza con detalle la previsión, ahí donde se quiere ver una apertura del legislador a nuevos mecanismos de resolución de conflictos, lo cierto es que lo único que se contiene es un reconocimiento a que los contratos privados de la Administración pueden someterse a arbitraje de Derecho privado. Ese respaldo al arbitraje en el ámbito de la contratación privada de la Administración se explica principalmente por el hecho de que la Administración carece de potestades de autotutela que permitan resolver los conflictos que se produzcan en la celebración, ejecución o extinción de estos contratos<sup>465</sup>. Y, sin embargo, el legislador del año 2017 ha decidido eliminar la remisión a la posibilidad de recurrir a arbitraje para los contratos privados y conforme a las normas de la LA, y ha mantenido única y exclusivamente la necesidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos con empresas extranjeras, lo cual supone un paso atrás en la aceptación del arbitraje en materia de Derecho administrativo.

---

<sup>464</sup> FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P., AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje...*, cit., p. 133.

<sup>465</sup> MESTRE DELGADO, "El arbitraje en el Derecho administrativo", en la obra colectiva BARONA VILAR, S. (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, cit., pp. 361-362.

LÓPEZ MENUDO ha defendido la ausencia de justificación para *“excluir en bloque - de la posibilidad de sometimiento a arbitraje, se entiende – los contratos administrativos, o excluir incluso en los privados todo el conjunto de los actos separables”*<sup>466</sup>. Y es que recuérdese que por ejemplo, el citado artículo 61.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 no hacía distinción en la fórmula de sometimiento a arbitraje entre contratos administrativos y contratos privados, sino que esa reducción del campo material de contratos sometibles a arbitraje se introdujo con la Ley de Contratos del 2007.

Debemos que destacar que la Comunidad Autónoma de Aragón, por su parte, ha desarrollado esta previsión del TRLCSP y ha incorporado en su Ley de contratos, la posibilidad de someter a arbitraje la ejecución e interpretación de los contratos administrativos, propiamente dichos. En efecto, el artículo 22 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido mediante la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón prevé que *“Los distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos”*. Pero hemos consultado a la Administración aragonesa y nos ha confirmado que no consta ninguna experiencia de arbitraje en Aragón en aplicación de esta previsión.

Por último, conviene enfatizar que los ordenamientos jurídicos de nuestros países vecinos han ido incorporando progresivamente el recurso

---

<sup>466</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, cit., p. 19.

a la vía arbitral en el ámbito de la contratación pública, como ha quedado expuesto por ejemplo en el apartado anterior relativo al modelo francés. Dicha incorporación se lleva a cabo sobre la base del componente de internacionalización debido entre otras cuestiones y como analizaremos con mayor detalle, a la generalización del arbitraje para la solución de controversias en materia de inversiones internacionales.

#### ***4.2 Otros arbitrajes próximos al Derecho administrativo***

Con independencia de cuál pueda ser la realidad futura del arbitraje como forma de resolver las disputas surgidas entre los ciudadanos y la Administración, lo cierto es que ya existen en España algunos supuestos de utilización de la institución arbitral para resolver los conflictos surgidos en el marco del Derecho Público entre los administrados y la Administración. Debe destacarse en este sentido, el sustento normativo de las obligaciones internacionales derivadas para España del conjunto de textos internacionales que le vinculan. Con independencia de las limitaciones normativas que acompañan al arbitraje en el Derecho interno, la práctica internacional que afecta a nuestro país ya pone de manifiesto la existencia de algunos ejemplos de recurso al arbitraje en sectores marcadamente de Derecho Público, así como el diseño de mecanismos propios de resolución de conflictos a través de arbitraje en estos ámbitos.

Tres ámbitos pueden mencionarse como ejemplo de este recurso al arbitraje con presencia manifiesta de intereses públicos: (i) el ámbito de la Doble Imposición Fiscal, donde el recurso al arbitraje se va generalizando bien de forma individualizada o en el marco de una referencia más global a la solución amistosa de disputas; (ii) la resolución de controversias entre

organismos internacionales y particulares y, (iii) el uso del arbitraje como medio de resolución de las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones extranjeras. Ciertamente, entre ellos existen notables diferencias, en la medida en que los algunos de ellos vienen referidos exclusivamente a los Estados a partir de una intervención privada –el supuesto del arbitraje fiscal–, mientras que en otros –los dos siguientes– los particulares intervienen como parte activa en el arbitraje.

Sin ánimo de profundizar en exceso en estos supuestos de arbitraje, que exceden del ámbito de estudio del presente trabajo, procede incluir unas breves referencias a los mismos:

#### 4.2.1 *El supuesto del arbitraje en el ámbito de los Convenios de Doble Imposición*

Centrándonos específicamente en el ámbito tributario<sup>467</sup>, un número relevante de los convenios de doble imposición concluidos en los últimos años en el ámbito internacional se basan en el Modelo de la OCDE de Convenio tributario sobre la Renta y el Patrimonio<sup>468</sup>, cuyo artículo 25 prevé el recurso a mecanismos amistosos de resolución de las posibles controversias que puedan surgir en relación con la interpretación de un convenio de doble imposición<sup>469</sup>. Este mecanismo se combina, en caso de inoperancia<sup>470</sup>, con el arbitraje obligatorio a instancia del contribuyente,

---

<sup>467</sup> Para una aproximación global al posible uso del arbitraje en el ámbito tributario, CRUZ DE QUIÑONES, L., “El arbitraje y el derecho tributario”, cit., pp. 473 y ss.

<sup>468</sup> Puede verse OECD/INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, *Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y el patrimonio. Versión abreviada 22 de julio de 2010*, París/Madrid, OECD/IEF, 2010.

<sup>469</sup> Artículos 25.1, 2 y 3 del Modelo Convenio Tributario.

<sup>470</sup> OECD/INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, cit., p. 153, marginal 68.



respecto de toda cuestión irresoluta relacionada con el eventual caso planteado<sup>471</sup>. Este arbitraje fiscal está destinado a resolver las dificultades o las dudas que plantee la interpretación o aplicación del convenio entre las autoridades fiscales de los dos Estados vinculados por un concreto convenio de doble imposición y una persona que considera que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición que no conforme con las disposiciones del convenio y que por tanto, decide presentar una reclamación ante la autoridad competente de uno de los Estados parte.

Así, el mecanismo de resolución se entiende dotado de un alto nivel de efectividad, pero para aquellos supuestos en que no funcione de manera correcta, el artículo 25.5 del Modelo de la OCDE de Convenio tributario prevé el arbitraje obligatorio, permitiendo *“la emisión de un dictamen independiente sobre las cuestiones irresolutas, que hace factible el acuerdo amistoso. Este proceso forma parte del procedimiento amistoso y no constituye una vía alternativa para la resolución de controversias relativas a la aplicación del Convenio”*<sup>472</sup>. *La solución final del caso, por lo tanto, sigue derivando del procedimiento de acuerdo entre las partes, mientras que es la resolución final de una concreta cuestión que impide el acuerdo amistoso en el específico caso planteado el que se realiza a través del procedimiento arbitral: “Este hecho diferencia el proceso instituido en el*

---

<sup>471</sup> Este recurso viene limitado en ciertos casos al amparo del propio artículo 25.4 *in fine*, que precisa: *“Sin embargo, este sometimiento no podrá realizarse cuando un tribunal u organismo administrativo de cualquiera de los Estados contratantes se haya pronunciado previamente sobre dichas cuestiones irresolutas. A menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que aplique el dictamen, dicho dictamen será vinculante para ambos Estados y aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo el modo de aplicación de este apartado”*.

<sup>472</sup> OECD/INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, cit., p. 367, marginal 5.

*apartado 5 de otras formas de procedimiento arbitral comercial o público-privado en los que la competencia del órgano arbitral abarca la resolución íntegra del caso*”<sup>473</sup>.

Junto con ello, en segundo lugar, el dato significativo es la participación indirecta del ciudadano en el procedimiento iniciado. Su intervención queda reducida a iniciar el procedimiento cuya resolución puede culminar en el uso del arbitraje entre las Administraciones de los países involucrados.

De igual modo, mediante el Convenio 90/436/CEE sobre eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas, los Estados miembros introducen un procedimiento de arbitraje para evitar la doble imposición. La Sección 3 –“*Procedimiento amistoso y procedimiento arbitral*”- introduce el uso del arbitraje entre las autoridades fiscales de los Estados contratante interesados. El Convenio, a pesar de la rúbrica de la Sección 3, refiere a la constitución de una comisión consultiva a la que encargarán que emita un dictamen sobre la forma de suprimir la doble imposición<sup>474</sup> en los supuestos previstos expresamente en el texto del Convenio<sup>475</sup>.

Conviene resaltar además, el Plan BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) auspiciado por la OCDE en colaboración con el G20 en el año 2013 y conocido en español como Plan de acción contra la erosión de la

---

<sup>473</sup> OECD/INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, cit., p. 385, marginal 64.

<sup>474</sup> Artículo 7.1 del Convenio 90/436/CEE.

<sup>475</sup> Considérese en relación con lo anterior lo dispuesto en el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa. Al respecto LÓPEZ RIBAS, S., “Procedimientos amistosos en materia de imposición directa”, *Crónica tributaria*, núm. 131/2009, pp. 35 y ss.

base imponible y el traslado de beneficios<sup>476</sup>. Dicho Plan favorece el recurso al arbitraje en la solución de conflictos tributarios como mecanismos para frenar la evasión fiscal. Como señala el propio Plan, la globalización cuenta con una influencia decisiva en los regímenes fiscales del impuesto de sociedades en todos los países. El proceso de globalización ha fomentado la integración empresarial y ha conllevado la posibilidad de que las llamadas empresas multinacionales minimicen enormemente su carga tributaria<sup>477</sup>.

Como consecuencia de ello, la OCDE y el G20 elaboraron este plan de acción. Se proponen una serie de medidas de naturaleza diversa tendentes a resolver el problema de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios<sup>478</sup>. Dentro de ellas, la acción 13 prevé que las acciones que se emprendan para combatir ambas realidades vengan necesariamente complementadas con acciones que garanticen la certeza y previsibilidad en los negocios. Y además, se valora la posibilidad de “*completar las disposiciones existentes sobre los procedimientos amistosos en los convenios fiscales con una cláusula de arbitraje obligatorio y vinculante*”<sup>479</sup>. Algo que favorece a un número importante de países<sup>480</sup>.

La acción 14 profundiza en esta última idea destacando la necesidad de hacer más efectivos los mecanismos de resolución de conflictos. En

---

<sup>476</sup> OECD, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris, 2014.

<sup>477</sup> OECD, *Plan...*, cit., p. 8.

<sup>478</sup> Sobre el significado de ambos fenómenos, vid. OECD, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris, 2013, pp. 19-31 y 57-66.

<sup>479</sup> OECD, *Plan...*, cit., p. 27.

<sup>480</sup> OECD, *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015*, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 6.

concreto, la necesidad de articular soluciones para luchar contra los obstáculos que impiden que los países resuelvan las controversias relacionadas con los convenios de doble imposición que les vinculan mediante “procedimientos amistosos”, incluyendo tanto la ausencia de disposiciones sobre arbitraje en la mayoría de convenios como el hecho de que el acceso a los procedimientos amistosos y el arbitraje pueda ser denegado en algunos casos.

Siguiendo las indicaciones de la acción 15 del Plan<sup>481</sup>, se ha concluido con fecha 24 de noviembre de 2016 el Convenio multilateral para aplicar las medidas relacionados con los Tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios. Se trata de un Convenio multilateral para colmar lagunas legales de los tratados fiscales identificadas en el Proyecto BEPS, cuya firma está prevista para junio de 2017, a través del cual se ponen en práctica algunas medidas previstas en otras acciones del plan BEPS<sup>482</sup>. Entre otras medidas, destaca el recurso a procedimientos amistosos para resolver las controversias entre Estados en relación con la fiscalidad internacional. La OCDE sigue confiando en estos procedimientos amistosos y fomentando la generalización del arbitraje como una forma eficaz de resolver tales litigios.

Así, el Convenio multilateral dedica su Parte VI a “*Arbitraje*”, cuya aplicación es de naturaleza opcional para las partes del Convenio al amparo del artículo 18<sup>483</sup>. El artículo 19 por su parte, diseña un mecanismo

---

<sup>481</sup> OECD, *Plan...*, cit., p. 28.

<sup>482</sup> <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>

<sup>483</sup> “*Toda Parte podrá optar por aplicar esta Parte respecto de sus Convenios fiscales comprendidos y notificará su decisión al Depositario. Esta Parte será aplicable a dos Jurisdicciones contratantes respecto de un Convenio fiscal comprendido únicamente*

de arbitraje obligatorio entre las autoridades fiscales de los diversos Estados respecto de las solicitudes de los particulares alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican para ella una imposición no conforme con las disposiciones del propio Convenio, en aquellos supuestos en los que las autoridades competentes no puedan ponerse de acuerdo para resolver la cuestión en el plazo previsto desde la presentación del caso a la autoridad competente del otro Estado contratante<sup>484</sup>.

El laudo dictado en el arbitraje será definitivo y vinculará a las partes del Convenio con las excepciones previstas en el apartado 4 del ya citado artículo 19 del texto convencional. El arbitraje será confidencial<sup>485</sup>, previéndose en el artículo 20 el procedimiento de nombramiento de los árbitros, y en el artículo 25 sus costes. El sistema diseñado se aplica en ausencia de disposiciones en materia de arbitraje recogidos en los diversos convenios bilaterales sobre doble imposición concluidos por las partes<sup>486</sup>.

En el caso concreto de España, de los múltiples tratados de doble imposición concluidos por nuestro país<sup>487</sup> tan sólo 3 contienen este mecanismo doble, aunque la eventual entrada en vigor del Convenio Multilateral puede ampliar, al amparo del mandato de su citado artículo

---

*cuando ambas Jurisdicciones contratantes haya remitido la notificación correspondiente”.*

<sup>484</sup> “*toda cuestión no resuelta relacionada con ese caso se someterá a arbitraje, como se describe en esta Parte, si así lo solicita por escrito esa persona, de acuerdo con las normas o procedimientos acordados por las autoridades competentes de las Jurisdicciones contratantes conforme a lo dispuesto en el apartado 10”*

<sup>485</sup> Artículo 21 Convención Multilateral.

<sup>486</sup> Artículo 26.1 Convención Multilateral.

<sup>487</sup> Puede verse Convenios de Doble Imposición (17-02-2017): [http://www.min-hafp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI\\_Alfa.aspx](http://www.min-hafp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI_Alfa.aspx)

18, el número de Convenios que incorporen el recurso al arbitraje y la naturaleza de dicha referencia atendida su condición obligatoria.

En la actualidad, únicamente el Protocolo de modificación del Convenio de Doble Imposición con la Confederación Helvética, de 27 de julio de 2011, en vigor desde el 24 de agosto de 2013<sup>488</sup>, el nuevo Convenio de Doble Imposición y Protocolo con el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 14 de marzo de 2013, en vigor desde el 12 de junio de 2014<sup>489</sup>, y el Protocolo de modificación del Convenio de Doble Imposición con los Estados Unidos de América, de 14 de enero de 2013, que todavía no ha entrado en vigor<sup>490</sup>, incorporan una referencia a la resolución pacífica de controversias surgidas a su amparo.

La presencia de la institución del arbitraje en estos Convenios de Doble Imposición, que constituyen fuentes propias del ordenamiento jurídico tributario al amparo del artículo 96 de la Constitución española y del artículo 7 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, supone la utilización de la institución arbitral en un sector como es el tributario caracterizado por la presencia nítida del interés público. Téngase en cuenta que el ámbito del arbitraje en estos convenios está limitado a los conflictos entre autoridades fiscales nacionales en relación con ciertas cuestiones surgidas de la aplicación e interpretación de los convenios de

---

<sup>488</sup> Artículo 8 del Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006, hecho en Madrid el 27 de julio de 2011.

<sup>489</sup> Artículo 25 del Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su Protocolo, hechos en Londres el 14 de marzo de 2013.

<sup>490</sup> Art. XII: [http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/En%20Tramitacion/BOCG/Protocolo\\_BOCG\\_EEUU\\_300.pdf](http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/En%20Tramitacion/BOCG/Protocolo_BOCG_EEUU_300.pdf)

doble imposición existentes, con una participación indirecta del contribuyente que inicia la reclamación y coopera con la autoridad fiscal competente.

#### 4.2.2 Arbitraje entre organismos internacionales o Estados y particulares: el supuesto de las reglas opcionales de arbitraje del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya

La creciente participación de los particulares en la actividad comercial internacional ha generado un incremento de sus relaciones con los Estados y la consiguiente multiplicación de actores no estatales en el escenario internacional que actúan con aquellos<sup>491</sup>. Ello conlleva un aumento en el volumen de controversias surgidas entre Estados y actores económicos. El Estado tiene un papel peculiar puesto que juega como Estado soberano y sujeto internacional, a la vez que como actor crecientemente activo en el comercio internacional. En este último caso, el Estado se equipara con el resto de sujetos participantes, en condiciones de igualdad. De ahí la necesidad previa de determinar cuando el Estado actúa *iure imperii*, y por lo tanto en el ejercicio plena de sus funciones como Estado y dotado de todas las prerrogativas que como Estado le acompañan en el plano internacional, y cuando lo hace *iure gestionis*, y por lo tanto actuando como un sujeto privado más<sup>492</sup>.

Ejemplo de esta búsqueda son las Reglas opcionales elaboradas por el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya para abordar los litigios

---

<sup>491</sup> DEL ARENAL MOYUA, C., *Introducción a las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007, 4ª ed., p. 16.

<sup>492</sup> VIRGÓS SORIANA, M. y GARCIMARTIN ALFEREZ, F., *Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2007, 2ª ed., pp. 62-67.

derivados de algunas de estas realidades: tanto las Reglas opcionales para el arbitraje entre organizaciones internacionales y partes privadas<sup>493</sup>, efectivas desde el 1 de julio de 1996, como las Reglas opcionales para arbitrar disputas entre dos partes de las que solo una es un estado, efectivas desde el 6 de julio de 1993<sup>494</sup>, o las Reglas opcionales de arbitraje en relación con disputas referidas al espacio exterior, efectivas desde el 6 de diciembre de 2011<sup>495</sup>.

El Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya es una organización intergubernamental creada en 1899 durante la primera Conferencia de paz de La Haya con el objeto de facilitar el recurso al arbitraje y otros medios de resolución de controversias entre Estados<sup>496</sup>. A fecha de hoy cuenta con 121 Estados miembros, entre ellos España.

El Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya abre las puertas a las personas jurídicas privadas a un sistema que les permite solucionar sus controversias con un Estado en condiciones de igualdad con éste. Esta opción, que como seguidamente veremos encuentra su antecedente en el

---

<sup>493</sup> Permanent Court of Arbitration, Optional Rules for Arbitration Between International Organizations and Private Parties: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-Between-International-Organizations-and-Private-Parties-1996.pdf>

<sup>494</sup> Permanent Court of Arbitration. Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two Parties of which only one is a state: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitrating-Disputes-between-Two-Parties-of-Which-Only-One-is-a-State-1993.pdf>

<sup>495</sup> Permanent Court of Arbitration. Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Permanent-Court-of-Arbitration-Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-Outer-Space-Activities.pdf>

<sup>496</sup> <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/history/> Los tratados que le sirven de base, el Convenio de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales y el Convenio de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales están disponibles en: <https://pca-cpa.org/es/documents/pca-conventions-and-rules/>



sistema de resolución de conflictos en el ámbito de las inversiones extranjeras, es novedosa y difiere del modelo que acabamos de apuntar en el ámbito fiscal. La actuación del particular aquí ya no es indirecta, sino que es parte activa y plenamente participativa en el procedimiento arbitral.

Las Reglas opcionales de arbitraje entre organizaciones internacionales y partes privadas, tienen como objeto facilitar el uso del arbitraje en disputas surgidas entre organizaciones internacionales y partes privadas, tanto en arbitrajes que vinculan exclusivamente a una organización internacional y a un particular, como en caso de situaciones multiparte. En este sentido, su artículo 1.1. precisa que, “*(W)here an international organization and a party that is neither a State nor an international organization have agreed in writing that disputes that may arise or that have arisen between them shall be referred to arbitration under the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration between International Organizations and Private Parties, such disputes shall be referred to arbitration in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree in writing. For the purpose of this provision, the term ‘international organization’ shall mean an intergovernmental organization.*”

Se trata de reglas arbitrales de naturaleza marcadamente voluntaria, que descansan sobre la doble idea de flexibilidad y autonomía de las partes<sup>497</sup>. El ejercicio de la autonomía de la voluntad, sin embargo, viene limitado por las propias Reglas, al señalar en su artículo 1.3 que las reglas gobernarán el arbitraje “*except that where any of these Rules is in conflict*

---

<sup>497</sup> Permanent Court of Arbitration, *Optional Rules for Arbitration Between International Organizations and Private Parties*, cit., Introduction.

*with a provision of the law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate, that provision shall prevail”.*

Estas reglas opcionales se basan en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, adaptadas a las particularidades del tipo de disputas que pueden surgir entre un organismo internacional y un particular. Consecuentemente, abordan la cuestión de la inmunidad que acompaña a las organizaciones internacionales<sup>498</sup>, precisando en su artículo 1.2 que el *“(A)greement by a party to arbitration under these Rules constitutes a waiver of any right of immunity from jurisdiction, in respect of the dispute in question, to which such party might otherwise be entitled. A waiver of immunity relating to the execution of an arbitral award must be explicitly expressed”*.

Las reglas aportan un conjunto de disposiciones que regulan el arbitraje en su totalidad. Así, el artículo 2 refiere a las notificaciones, el artículo 3 a la solicitud de arbitraje y el 4 a la participación con representante. Se abordan también la composición del tribunal arbitral – nombramiento de los árbitros, número de árbitros, impugnación y sustitución<sup>499</sup>, el procedimiento arbitral – lugar, idioma, demanda y contestación, impugnación de la competencia de los árbitros, plazos, prueba o medidas cautelares<sup>500</sup> y el laudo<sup>501</sup>.

Similar filosofía y estructura se encuentra en las otras dos Reglas opcionales. En el caso de las Reglas opcionales para arbitrar las disputas

---

<sup>498</sup> Puede verse, LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Aplicación judicial de las inmunidades internacionales en España. Análisis de la práctica reciente”, *Direito*, 2016, pp. 48-50.

<sup>499</sup> Permanent Court of Arbitration, Optional Rules for Arbitration Between International Organizations and Private Parties, Arts. 5 a 14.

<sup>500</sup> Artículos 15 a 30.

<sup>501</sup> Artículos 31 a 41.

entre dos partes de las que solo una es un Estado, también se resalta su flexibilidad y su fundamentación en la autonomía de la voluntad de las partes<sup>502</sup>, con la limitación prevista en su artículo 1.3, en casi idénticos términos al contenido en las Reglas opcionales de arbitraje entre organizaciones internacionales y partes privadas, en relación con aquellas disposiciones aplicables al fondo del litigio que no son derogables por las partes.

Las Reglas para arbitrar las disputas entre dos partes de las que solo una es un estado se centran en los supuestos en que “*the parties to a contract have agreed in writing that disputes in relation to that contract shall be referred to arbitration under the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One Is a State, then such disputes shall be referred to arbitration in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree in writing.*”<sup>503</sup> Su estructura es similar a la antes mencionada respecto de las disputas entre organismos internacionales y particulares, abordando el *iter* completo del proceso arbitral<sup>504</sup>.

Por su parte, el tercer juego de Reglas opcionales aborda una temática que, aparentemente, queda muy lejana a la intervención de particulares, al quedar referida a las “disputas relativas a actividades del espacio exterior”. Sin embargo, la intervención de entidades privadas en las mismas es algo constante. En tal sentido, la Introducción de las Reglas

---

<sup>502</sup> Permanent Court of Arbitration, Optional rules for arbitrating disputes between two parties of which only one is a State, Introduction.

<sup>503</sup> Permanent Court of Arbitration, Optional rules for arbitrating disputes between two parties of which only one is a State, Art. 1.1.

<sup>504</sup> *Section I. Introductory Rules* –arts. 1 a 4-, *Section II. Composition of the Arbitral Tribunal* –arts. 5 a 14-, *Section III. Arbitral Proceedings* –arts. 15 a 30- y *Section IV. The Award* –arts. 31 a 41-.

opcionales de arbitraje en relación con disputas referidas al espacio exterior “*reflect the particular characteristics of disputes having an outer space component involving the use of outer space by States, international organizations and private entities; (...)*”.

El artículo 1.1 de las Reglas fija su ámbito de aplicación, en los siguientes términos: “*Where parties have agreed that disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, shall be referred to arbitration under the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree. The characterization of the dispute as relating to outer space is not necessary for jurisdiction where parties have agreed to settle a specific dispute under these Rules.*” El apartado 2 de dicho precepto, al igual que ocurre en los dos casos anteriores, señala que el sometimiento a arbitraje supone la renuncia al principio de inmunidad de jurisdicción en que pudiera ampararse el Estado eventualmente involucrado, exigiendo una manifestación expresa en este sentido en relación con la inmunidad de ejecución. Destaca pues, que no se introduce precepto alguno en relación con la limitación que para el uso de las Reglas puede suponer la existencia en el derecho aplicable al fondo del litigio de normas que no sean susceptibles de exclusión por las partes, presente en el artículo 1.3 de los dos juegos de Reglas anteriores<sup>505</sup>.

---

<sup>505</sup> La estructura de estas Reglas opcionales, por lo demás, reproduce la presente en los dos juegos de Reglas opcionales antes abordadas. Se aborda así, en su totalidad el procedimiento arbitral. Las Reglas se articulan en diversas secciones: *Section I. Introductory rules* –arts. 1 a 6-, *Section II. Composition of the arbitral tribunal* –arts. 7 a 16-, *Section III. Arbitral proceedings* –arts. 17 a 32- y *Section IV. The award* –arts. 33 a 43-.

El carácter opcional de las Reglas de Arbitraje propuestas y el hecho de que vengan focalizadas en la resolución de disputas con dimensión internacional no les restan trascendencia alguna a la hora de poner de manifiesto el uso del arbitraje como mecanismo de resolución de las controversias que puedan surgir entre un estado y un sujeto privado. Su presencia, además, como seguidamente veremos, no es aislada, sino que debe ponerse en relación con la práctica arbitral en el ámbito de los litigios en materia de inversiones entre Estados y particulares. Lejos de ello, lo que hacen es abrir un debate sobre la razón de ser y la justificación de la existencia de dos regímenes legales diferenciados dependiendo del carácter interno o internacional del conflicto. Dos soluciones con un grado distinto de flexibilidad derivado de la naturaleza de la disputa planteada.

Como apuntado, en España en materia de contratos con la Administración, existe esta distinción de regímenes en función de si el contrato lo concluye una empresa española o extranjera. Como hemos señalado en epígrafes anteriores, conviene referirse al artículo 50 y la Disposición Adicional primera 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. Ello lleva, por ejemplo, a exigir que en los contratos celebrados en el extranjero por la Administración con una empresa española se exija la inclusión de “*cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles*”<sup>506</sup>. Mientras que, si ese mismo contrato fuera celebrado con una empresa extranjera, “*se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje*”. Aceptando que,

---

<sup>506</sup> Disposición Adicional primera, 2.

“Igualmente se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles”<sup>507</sup>.

La posición mantenida por la Administración respecto de un mismo litigio variaría, así como consecuencia, tan sólo de la nacionalidad de la parte privada que contrata. Los intereses públicos en juego son similares en uno y otro supuesto, independientemente de la nacionalidad de las partes contratantes. Máxime atendiendo a la compleja estructura que acompaña a las sociedades con actividad internacional y que permite en la práctica la celebración en el extranjero de contratos con empresas jurídicamente constituidas en el extranjero pero que económicamente pueden ser filiales de entidades de capital español.

#### 4.2.3 *El arbitraje de inversiones*

El arbitraje como mecanismo para resolver los conflictos surgidos entre un Estado y un particular en materia de inversiones se ha incrementado espectacularmente en las últimas décadas<sup>508</sup>. Este recurso al arbitraje supuso el inicio de una nueva era en la resolución de controversias en esta materia<sup>509</sup>. Aunque lo cierto es que el mecanismo se recogió ya en 1964 en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre

---

<sup>507</sup> En todo caso, recordemos, el precepto concluye señalando que “*En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.*”

<sup>508</sup> Por todos, REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N. et al, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, 4ª ed., pp. 644-647.

<sup>509</sup> HERNÁNDEZ G, J.I., “El CIADI en el marco del Derecho Administrativo Global: una visión desde el Derecho Administrativo Latinoamericano”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., HERNÁNDEZ G., J.I., *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Madrid, INAP, 2016, pp. 202-218.

Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, más conocido como Convenio CIADI. No fue hasta mitad de la década de los 90, más de un cuarto de siglo después de su elaboración, a la vista del incremento incesante de los flujos de inversiones extranjeras, cuando adquirió la trascendencia que actualmente le acompaña<sup>510</sup>.

Aunque el Convenio CIADI sigue siendo el más conocido (con 153 países que forman parte del mismo a fecha abril de 2016), el sometimiento a arbitraje de este tipo de conflictos aparece presente en los casi 3.000 convenios bilaterales sobre protección recíproca de inversiones concluidos en estos últimos años<sup>511</sup>.

El recurso al arbitraje –ya sea al arbitraje CIADI o a otros mecanismos propios de arbitraje para resolver disputas en materia de inversiones–<sup>512</sup>, se encuentra igualmente presente en los Tratados de libre comercio que en los últimos años se han venido concluyendo en número creciente por los distintos Estados<sup>513</sup>. En total, estamos hablando de un número de disputas conocidas que ascienden a 767 arbitrajes en materia de inversiones hasta el momento, de los que 495 ya han concluido y 259 se encuentran pendientes<sup>514</sup>. De ellos 180 (36.4%) se han resuelto a favor del Estado, 132

---

<sup>510</sup> DE BRABANDERE, E., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, CUP, 2014, pp. 18 y 19.

<sup>511</sup> 2964 convenios, a fecha marzo de 2017, de los que 2332 están vigentes (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>). Puede verse REQUENA CASANOVA, M., “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, pp. 5-6 y 13-14.

<sup>512</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 77 y 78.

<sup>513</sup> <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

<sup>514</sup> Téngase en cuenta que de 13 se desconoce su situación (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>)

(26,7%) a favor del inversor, 121 (24,4%) fueron objeto de acuerdo por las partes y 50 (10.1%) decayeron<sup>515</sup>.

Con todo, el sistema CIADI sigue siendo el más usado y al que más referencia realizan los convenios concluidos en materia de protección de inversiones y los textos sobre promoción del libre comercio que incluyen disposiciones en materia de inversiones. De ahí que nos focalicemos en su análisis –breve- en las próximas páginas.

El modelo CIADI se caracteriza tradicionalmente por su eficacia. El artículo 26 del mismo recoge de forma explícita que “*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso*”. Se incorpora por tanto, una presunción del carácter exclusivo del arbitraje CIADI con respecto a cualquier otro. Lo que implica, entre otros extremos, cuando existe un sometimiento válido al CIADI, tanto el reconocimiento de la competencia exclusiva del tribunal arbitral nombrado al amparo del convenio, como su aislamiento de su actividad de cualquier actuación que pueda proceder de los tribunales internos de los Estados involucrados, con la obligación por parte de éstos de abstenerse de conocer de la controversia suscitada<sup>516</sup>.

De hecho, es el propio precepto el que admite la posible excepción a esta regla al afirmar en el propio artículo 26 la necesidad de los Estados parte expliciten la alteración de esta regla general: “*(U)n Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.*” A

---

<sup>515</sup> <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

<sup>516</sup> *Ibid.*, p. 95. En el mismo sentido, PÉREZ PACHECHO, Y., “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4-1, 2012, p. 331.



contrario, si nada dicen, el sometimiento al CIADI se entenderá existente con exclusión de cualquier otra vía de resolución. Ello ha quedado de manifiesto en la práctica arbitral existente en la materia<sup>517</sup>.

El artículo 26 articula, pues, una solución en la que se equilibra la excepción contenida en su primera frase y que deja de lado el recurso a cualquier vía de resolución de la disputa surgida que no sea el propio arbitraje CIADI, con la posibilidad –admitida en su segunda frase– de que los Estados puedan imponer el agotamiento de los recursos internos antes de acudir al Centro<sup>518</sup>. En todo caso, esta cuestión no se ha suscitado con especial habitualidad en la práctica arbitral del CIADI<sup>519</sup>.

El Preámbulo del Convenio CIADI subraya la especial relevancia atribuida a la “*disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales*” a los que puedan recurrir los Estados contratantes y los nacionales de otros Estados contratantes a efectos de resolver las disputas que puedan haber surgido en relación con las inversiones internacionales de carácter privado. En tal sentido, el artículo 25.1 del Convenio extiende la jurisdicción del Centro “*a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan*

---

<sup>517</sup> A título ejemplificativo, en el laudo arbitral de 16 de septiembre de 2003, en el asunto *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/00/9), el tribunal arbitral claramente señaló que “*The first sentence of Article 26 secures the exclusivity of a reference to ICSID arbitration vis-à-vis any other remedy. A logical consequence of this exclusivity is the waiver by Contracting States to the ICSID Convention of the local remedies rule, so that the investor is not compelled to pursue remedies in the respondent State’s domestic courts or tribunals before the institution of ICSID proceedings. This waiver is implicit in the second sentence of Article 26, which nevertheless allows Contracting States to reserve its right to insist upon the prior exhaustion of local remedies as a condition of its consent.*” (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>)

<sup>518</sup> FERNÁNDEZ MASÍA, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones...*, cit., p. 98.

<sup>519</sup> FERNÁNDEZ MASÍA, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones...*, cit., pp. 99-100.

*directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante*<sup>520</sup> *y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro*". Cualquier Estado parte en el Convenio o cualquier nacional de un Estado contratante podrá solicitar directamente la incoación de un procedimiento de conciliación o de arbitraje al amparo del Convenio CIADI.

*“Por lo que respecta al procedimiento de conciliación, cualquier Estado o nacional de un Estado contratante podrá solicitar la incoación de un procedimiento de conciliación de conformidad con el artículo 28 del texto convencional. Esta solicitud da lugar a la constitución de una Comisión de conciliación que intentará un acuerdo entre las partes*<sup>521</sup>, *dilucidando “los puntos controvertidos por las partes y esforz(ándose) por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas”*<sup>522</sup>.

Por su parte, tanto los Estados parte en el Convenio como cualquier nacional de un Estado parte podrá igualmente solicitar, de manera directa la incoación de un procedimiento de arbitraje al amparo del artículo 36. El laudo<sup>523</sup> eventualmente dictado *“será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos”* de conformidad con el artículo 53.1 Convenio. Las partes quedan obligadas a acatarlo y cumplirlo en todos sus términos. En tal sentido, el artículo 54.1 del Convenio prevé que todo Estado contratante queda obligado a reconocer al laudo que se pueda dictar *“carácter obligatorio y hará ejecutar*

---

<sup>520</sup> Artículo 25.2 en relación con el entendimiento de *“nacional de otro Estado Contratante”*.

<sup>521</sup> Capítulo III Convenio CIADI, “La conciliación”.

<sup>522</sup> Artículo 34 Convenio CIADI.

<sup>523</sup> Según el artículo 53.2 del Convenio CIADI, el *“término laudo incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los artículos 50, 51 ó 52”*.

dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un Tribunal existente en dicho Estado”. La ejecución es directa y no se exige, pues, *exequatur*<sup>524</sup>. Lo que, de partida, atribuye una enorme fuerza al laudo arbitral dictado.

El sistema ha sido objeto de notables críticas en los últimos tiempos y ha generado distintas propuestas de revisión y mejora<sup>525</sup>. Algunas de ellas, radicales. En concreto, y en el marco de un amplio debate y entre otros muchos ámbitos susceptibles de revisión, la búsqueda de transparencia en la gestión de los arbitrajes de inversiones ha favorecido la conclusión por la CNUDMI/UNCITRAL del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, concluido en Nueva York en 2014, y denominado “Convención de Mauricio sobre la Transparencia”<sup>526</sup>. Sin embargo, el mayor cambio está quizás todavía por llegar y se plasmará en el diseño de un tribunal permanente de arbitraje para resolver las controversias surgidas entre los Estados y los particulares en el ámbito de las inversiones. Esta posición, apoyada por la Unión Europea desde finales de 2015, ha llevado a plantear el posible adiós

---

<sup>524</sup> Puede resultar de interés, RUEDA GARCÍA, J.A., “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin exequátur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6-1, 2014, pp. 416-418.

<sup>525</sup> Entre otros, WICK, D.M., “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change”, *Journal of International Business & Law*, 2012, Vol. 11-2, pp. 239 y ss.; KOWNACKI, N.E., “Prospects for ICSID Arbitration in Post-Denunciation Countries: An Updated Approach”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2010, Vol. 15-2, pp. 529 y ss. o TUCK, A.P., “Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to the ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules”, *Law and Business Review of the Americas*, 2007, Vol. 13-4, pp. 885 y ss.

<sup>526</sup> <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf> Y que, a fecha de marzo de 2017 sólo cuenta con dos estados parte, Canadá y Mauricio.

al arbitraje de inversiones en la Unión Europea<sup>527</sup>. Este sistema, que ya se ha incorporado en los recientes acuerdos de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam, publicado el 1 de febrero de 2016<sup>528</sup>, y con Canadá<sup>529</sup>, está siendo objeto de un amplio análisis por la doctrina<sup>530</sup> y por los operadores jurídicos y económicos en general. Y será previsiblemente objeto de análisis futuro por la CNUDMI/UNCITRAL.

En todo caso, se consolida la percepción de que el arbitraje de inversiones, especialmente el sustanciado en el marco del CIADI, “*debe ser contemplado como un mecanismo internacional y externo de control jurisdiccional del Estado sede y, en especial de su Administración. Desde esta perspectiva el arbitraje de inversiones cumple una función similar al control jurisdiccional doméstico, en concreto, ejercido por la jurisdicción contenciosa-administrativa*”<sup>531</sup>.

En materia de Derecho administrativo, conviene referirnos a los arbitrajes de inversiones contra el Estado español, escasos hasta el año 2013, cuando tuvo lugar la reforma del marco retributivo de las renovables.

En efecto, hasta la reforma eléctrica del año 2013, España únicamente había sido demandada dos veces ante el CIADI.

---

<sup>527</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “¿Adiós al arbitraje de inversiones en la Unión Europea?”, en BARONA VILAR, S. (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 493 y ss.

<sup>528</sup> EU-Vietnam Free Trade Agreement, Chapter 13: Dispute settlement: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154224.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154224.pdf)

<sup>529</sup> EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Chapter Eight – Investment, Section F - Resolution of investment disputes between investors and states (<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>).

<sup>530</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “El arbitraje inversor-Estado como víctima del movimiento ‘antiglobalización’”, en BARONA VILAR, S., *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, en prensa.

<sup>531</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J, HERNÁNDEZ G., J.I., *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones*, cit., p. 234.

La primera de ellas fue el asunto *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*<sup>532</sup>, que dio lugar al laudo de 9 de noviembre de 2000 que condenó al Reino de España al pago de 57.641.265,28 pesetas al demandante. D. Emilio Agustín Maffezini presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI contra el Reino de España por una controversia suscitada entre el demandante, un inversor argentino, y la Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia, S.A., entidad pública, en relación con una inversión en una sociedad dedicada a la fabricación de diversos productos químicos en Galicia.

El segundo asunto fue *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB 18 Las Rozas, S.L. c. Reino de España*<sup>533</sup>, con un laudo de 14 de agosto de 2015 favorable al Reino de España, resolviendo que no había lugar a la demanda presentada. Se trata de un supuesto incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Las Rozas de un convenio urbanístico por el cual debía recalificar unos terrenos adquiridos por las demandantes para construir un complejo residencial en Las Rozas. Las demandantes consideraron que la no recalificación de los terrenos, a pesar de haber cumplido supuestamente todos los requisitos aplicables, violó el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 2 de noviembre de 1995.

Tras ellos, vinieron los arbitrajes de inversiones por la reforma del régimen retributivo de las renovables en el año 2013, que ronda la treintena de demandas de arbitraje presentadas ante el CIADI.

El problema surge, sin embargo, con los recientes arbitrajes internacionales que están teniendo lugar contra el Estado español por la reforma

---

<sup>532</sup> ICSID Case No. ARB/97/7

<sup>533</sup> ICSID Case No. ARB/12/17

del marco retributivo de las renovables que tuvo lugar en España entre los años 2013 y 2014. Los arbitrajes estaban siendo resueltos en favor del Reino de España hasta el laudo de 4 de mayo de 2017 *Eiser Infrastructure Lted. y Energía Solar Luxembourg, S.AR.L., c. Reino de España*, que condenó el Estado español a pagar 128 millones de euros a las demandantes, aunque actualmente la ejecución del laudo se encuentra suspendida provisionalmente y el laudo ha sido recurrido por el Reino de España. Este laudo es contrario además, al criterio desestimatorio que estaba siguiendo el Tribunal Supremo español<sup>534</sup> en relación con la misma reforma para aquellas empresas que no tienen consideración de “inversor” a efectos del Tratado de la Carta de la Energía<sup>535</sup> y que por ende, no pueden recurrir a la vía arbitral. Es decir, la misma materia estaba siendo dilucidada tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa española como ante tribunales arbitrales, y las soluciones adoptadas fueron radicalmente dispares a la luz del citado laudo de 4 de mayo de 2017. Y lo cierto es que, aunque hasta la fecha los laudos arbitrales que se habían dictado en relación con la reforma eran también desestimatorios de las pretensiones de las demandantes, pero el laudo del 4 de mayo de 2017 rompe este equilibrio y siembra la duda acerca de cómo articular ambos mecanismos cuando la materia a dilucidar está siendo conocida tanto en sede jurisdiccional como en sede arbitral, pero siendo esta último posible únicamente para los inversores extranjeros. Parece que la única posibilidad existente para los inversores nacionales que ven sus demandas desestimadas en el Tribunal Supremo, es a la vista

---

<sup>534</sup> Entre muchas, Sentencias del Tribunal Supremo 3427/2016, de 24 de junio de 2016 (CENDOJ 28079130032016100277); 4878/2016, de 14 de noviembre de 2016 (CENDOJ 28079130032016100446).

<sup>535</sup> En relación con los arbitrajes en materia de energía, puede verse ROWLEY, J.W., *Global Arbitration Review: The Guide to Energy Arbitrations*, London, Law Business Research, 2017. 2nd ed.

de los laudos favorables de sus socios extranjeros interponer una reclamación patrimonial frente a la Administración española con escasas probabilidades de éxito, y en caso de desestimación, agotar la vía interna para poder acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o incluso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por una posible violación del principio de igualdad y no discriminación.

Adicionalmente, a fecha de este trabajo está pendiente de resolución ante la Corte Permanente de Arbitraje otro arbitraje frente al Reino de España (Corcoesto, S.A. c. Reino de España<sup>536</sup>) relativo a la declaración de caducidad por parte de la Xunta de Galicia de una concesión de minas otorgada a Corcoesto, S.A. La demandante considera que el Reino de España ha vulnerado el Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre España y Panamá de 10 de noviembre de 1997.

Todo ello demuestra que, aunque en el plano internacional, y con otros intereses en juego distintos del interés público que prevalece en el ámbito interno, el Reino de España está siendo parte de numerosos arbitrajes de inversiones, la mayoría de ellos en materia de energía. El arbitraje entre Estado e inversor forma parte de esa nueva estructura de gobernanza global y los tribunales arbitrales, sobre la base de un acuerdo previo, actúan como agencias y enjuician una específica actuación del Estado. Ello forma parte del actual Derecho administrativo global, que abarca, entre otras cuestiones, la actuación de los Estados cuando los efectos de la misma exceden sus propias fronteras<sup>537</sup>.

---

<sup>536</sup> UNCITRAL, Case No. PCA 2016-26

<sup>537</sup> KINGSBURY, B., SCHILL, S., “El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad, y el emergente Derecho administrativo global”, en KINGSBURY, B., STEWART, R.B., *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016, pp. 575 y ss.

Aun cuando el modelo de arbitraje de inversiones no es plenamente extrapolable a un posible arbitraje administrativo en Derecho español, lo cierto es que es un claro ejemplo de esa evidente apertura hacia este tipo de cauces de resolución de controversias en las que interviene un Estado, aunque no investido de las especiales prerrogativas que explican la particularidad de la posición de la Administración en Derecho interno, posibilidad que analizaremos en el último Capítulo de este trabajo.



## **CAPÍTULO CUARTO. BASES PARA LA INCORPORACIÓN EFECTIVA DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO**

### **I. PLANTEAMIENTO**

Analizados los componentes y principios que han ido consolidado el Derecho administrativo desde su origen hasta la situación en el siglo XXI, encontrando espacio en el mismo a las vías o cauces ADR –aunque restringido, en todo caso- que permiten solventar los conflictos administrativos de forma complementaria o alternativa a la vía jurisdiccional, y expuestas las ya múltiples manifestaciones, algunas legales, otras fácticas de pseudoarbitrajes o de arbitrajes sectoriales con diversa eficacia y proyección, desarrollaremos en este último capítulo la propuesta de unas bases que podrían permitir construir un posible modelo de arbitraje administrativo.

Para ello debemos servirnos, por un lado, de algunos elementos propios del arbitraje común de la LA, ya consolidado, en cuanto sean compatibles con el objeto y finalidad del arbitraje administrativo; y por otro, de todos aquellos elementos que necesariamente deben ser considerados en las relaciones jurídicas con la Administración, que en esencia es lo que va a llevar a que el arbitraje sea un cauce restringido en el marco de los conflictos administrativos.

En consecuencia, el objeto de este último capítulo será delinear las bases para configurar un modelo arbitral administrativo. Conviene, por tanto, partir de dos ideas esenciales que nos permiten justificar el objeto fundamental de este último capítulo:

a) Por un lado, el legislador español ha reconocido, como hemos expuesto en Capítulos anteriores, la posibilidad de recurrir al arbitraje para dar solución a los conflictos administrativos. Así, y aunque carente de virtualidad práctica, la LPAC prevé la posibilidad de recurrir al arbitraje como sustitutivo de los recursos administrativos. A pesar del poco recorrido de esta previsión, lo cierto es que el legislador español ha querido incluirla y ello ya acredita una apertura, aunque meramente formal, hacia nuevas formas de resolución de controversias en Derecho administrativo. Es decir, a día de hoy existe una previsión en la norma reguladora del procedimiento administrativo, aun cuando con escasa virtualidad práctica, pero que, en todo caso, legitima que pueda existir arbitraje en este ámbito.

b) Por otro lado, hemos podido comprobar, la proliferación de múltiples modelos de arbitraje o pseudoarbitraje sectorial en ciertos sectores administrativos. Ello refleja que algo está cambiando en la perspectiva de solucionar los conflictos existentes, aun cuando es indudable la asimetría que los diversos cauces que hemos expuesto en los Capítulos anteriores ofrecen en cuanto a su naturaleza jurídica.

Estas coordinadas expuestas son claramente insuficientes, incluso para afirmar que en España pueda existir y funcionar el arbitraje administrativo, pero constituyen indudablemente un primer paso hacia una nueva realidad en la plural conformación del sistema de resolución de los conflictos administrativos. Esa lenta evolución que se atisba responde a una realidad innegable, cual es la de la misma evolución de la concepción de Estado que el siglo XXI está presenciando. Si bien es cierto que la concepción de los revolucionarios franceses inspiró la construcción del Estado de derecho y el liberalismo (como hemos estudiado en el Capítulo primero,

se consagra la primacía de la ley, la separación de las autoridades judiciales y administrativas, el liberalismo político, el reconocimiento de la igualdad de los ciudadanos, etc.), fue en el siglo XIX cuando debido a la concepción política napoleónica se construyen los cimientos del Estado moderno, pasando del Estado liberal al Estado social, pero con un modelo de Estado fuerte y estructurado. Esa construcción administrativa será favorecedora del desarrollo de las estructuras administrativas, del modelo de Administración expansiva que llevó a la consagración de los servicios públicos y la necesidad de estructuras públicas que lo garanticen, tal como vinimos presenciando en el siglo XX.

La situación descrita, sin embargo, ha venido experimentando enormes cambios; cambios que allende las fronteras nacionales, han inspirado una nueva manera de concebir el Estado y con él sus estructuras administrativas y la función de la Administración. Estos cambios se han expandido de forma mundial en gran medida debido al fenómeno de la globalización y a la clara inspiración e influencia del pensamiento neoliberal. Muestra de cuanto exponemos han sido las numerosas privatizaciones que desde finales del siglo XX se vinieron efectuando, así como el impulso que ha experimentado el sector económico privado, un sector que ha crecido transnacionalmente.

Sin perjuicio de las necesidades concurrentes en la sociedad global que han propiciado la transformación jurídica española en numerosos sectores, hay una realidad innegable, cual es la proliferación de normas sectoriales que de forma imparable han venido afectando al Derecho administrativo, ya sea de manera directa o indirecta. Y en este sentido, se han ido introduciendo, aunque tímidamente, normas administrativas que refieren a sistemas convencionales de solución de conflictos administrativos;

algo que, si bien hasta la fecha venía resultando poco común, en la actualidad ya no resulta ajeno al mundo del Derecho administrativo.

Debemos destacar, además, que en el año 2001 llegó a existir un borrador de Anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo que, sobre la base de la previsión existente en la entonces LRJPAC, trató de incorporar en nuestro ordenamiento una norma reguladora del arbitraje administrativo. Sin embargo, dicho borrador entendía como arbitraje administrativo “*aquella vía extrajudicial de solución de conflictos, alternativa a los recursos administrativos y contencioso-administrativos, basada en la intervención de terceros revestidos de facultades dirimentes*”. Es decir, en el año 2001 se buscó incorporar a nuestro ordenamiento administrativo el arbitraje, pero considerando un único sistema arbitral, aplicable tanto como sustitutivo de la vía administrativa como de la vía contencioso-administrativa. Dicho borrador partía así de la previsión de la LRJPAC, pero incorporaba elementos esenciales del arbitraje común, como el carácter de cosa juzgada del laudo que se dictase. Sin embargo, como desarrollaremos a lo largo de este último Capítulo, abogamos por dos sistemas arbitrales distintos ya se trate de un arbitraje sustituto de la vía administrativa o de un arbitraje “*equivalente jurisdiccional*”. Ambos modelos pueden y aspiran a coexistir, con elementos esenciales comunes, pero también con particularidades.

Así las cosas, llegados a este punto conviene resaltar que aun cuando a lo largo de todo este trabajo nos hemos centrado en la incorporación del arbitraje en Derecho administrativo como una vía equivalente a la jurisdiccional, y hemos defendido que la referencia a “arbitraje” contenida en la LRJPAC y reiterada en la LPAC no es un “verdadero arbitraje”, sino un arbitraje impropio, con la cobertura jurídica existente en nuestro país es

posible considerar únicamente la incorporación del arbitraje como alternativa a la vía administrativa. Ya existe una previsión en la LPAC a este respecto, y no existe impedimento alguno para su desarrollo.

La previsión de la LPAC constituye una oportunidad -hasta el momento poco aprovechada- de instaurar mecanismos alternativos de resolución de controversias alternativos a los recursos administrativos en aquellas materias que así lo permitan. Presenciamos una evidente crisis de los recursos administrativos, siendo que actualmente únicamente sirven de instancia previa a la vía jurisdiccional, pero no la evitan, puesto que el porcentaje de recursos administrativos estimados es extraordinariamente bajo, lo que incide en el alto número de asuntos que terminan en los tribunales, propiciando desconfianza hacia la resolución de conflictos por la propia Administración. Y es que, a día de hoy, las posibilidades de éxito de las reclamaciones del administrado frente a la Administración residen casi íntegramente en los tribunales de Justicia.

Esta situación fue puesta en evidencia en el “*Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa*”<sup>538</sup> del año 2013, que subrayó la falta de eficacia de los recursos de alzada y de reposición para evitar litigios contencioso-administrativos, identificando las siguientes causas:

1.- La gran mayoría de los recursos administrativos no llegan a resolverse expresamente, sino que se desestiman presuntamente, es decir,

---

<sup>538</sup> Informe emitido por la Sección Especial, creada mediante Orden Ministerial de 11 de julio de 2012, en el Seno de la Comisión General de Codificación, para la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: [http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe\\_explicativo\\_APL\\_Jurisdic.\\_Contenc.Admva-3.pdf](http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe_explicativo_APL_Jurisdic._Contenc.Admva-3.pdf)

por silencio administrativo negativo. Y aunque se carecen de estadísticas al respecto, el Informe identifica que, según estadística elaborada por el Ministerio de Justicia en el año 2011, el 61,9% de los recursos contencioso-administrativos se interponen contra la inactividad administrativa y en especial, el silencio administrativo negativo.

2.- En segundo lugar, destaca la escasa operatividad estructural de estos recursos, siendo que los recursos de alzada se plantean ante el superior jerárquico del órgano que lo dictó, y el de reposición ante el mismo órgano que lo dictó. En relación con este último, apunta el Informe que su propia configuración, planteándose ante el mismo órgano que dictó la resolución, augura un bajo nivel de estimación.

Dicho Informe concluye que “*nuestro sistema jurídico-administrativo general carece de herramientas eficaces para evitar los litigios contenciosos*”<sup>539</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina. Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ subraya el sinsentido de mantener hoy en día una dualidad de recursos administrativos ordinarios, heredada del pasado, y que difiere en el órgano encargado de resolver el recurso<sup>540</sup>. Dicho autor propuso la creación de un único recurso administrativo ordinario, siguiendo el ejemplo de otros países de nuestro entorno como Alemania, Francia o Italia.

---

<sup>539</sup> Tal es la actual crisis de la vía administrativa que el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo se dedicó a analizar esta problemática, realizando un análisis crítico colectivo de la actual vía administrativa Vid. LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

<sup>540</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Presentación: Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa del recurso”, *Documentación Administrativa*, núm. 221, pp. 5-9.

El arbitraje en este sentido, permitiría unificar ambos recursos en un único procedimiento arbitral, sustitutivo de estos, sin distinción respecto del órgano arbitral. Este podría corregir una decisión administrativa, sin adoptar otra de signo contrario, erigiéndose en una vía eficaz para resolver los litigios administrativos.

Esta posible configuración del arbitraje como cauce equivalente a la vía administrativa no debiera plantear ningún problema práctico a la luz de la previsión ya contenida en la LPAC, que acoge esta realidad. Cuestión diversa es la segunda modalidad de arbitraje administrativo, a saber, el que podemos denominar arbitraje administrativo propio, equivalente jurisdiccional. Esta segunda posibilidad de arbitraje es más compleja a la luz del actual marco legislativo, y deberán en su caso, superarse numerosos obstáculos *ad intra* que, más allá de la legislación aplicable, favorezcan la permeabilidad a esta nueva manera de actuar en la solución de los conflictos administrativos.

Precisamente desde el marco legal actual la viabilidad del arbitraje administrativo propiamente dicho, a saber, el alternativo a la vía jurisdiccional, plantea numerosos problemas. Aceptar su viabilidad con carácter general supondría una metamorfosis en la concepción política que implicaría la transformación total de la función de la Administración y del Estado, el replanteamiento de la tutela efectiva y una revolución en la solución de conflictos jurídicos que hoy no parece pensable ni tan siquiera adecuada. Ahora bien, ello no es óbice a que para un sector delimitado de los conflictos en las relaciones con la Administración pueda plantearse la búsqueda de soluciones no sólo a través de la jurisdicción contencioso-

administrativa, sino también a través de un modelo de arbitraje administrativo propio. Y lo cierto es que pudiera ser altamente positivo, especialmente si se interpreta desde la óptica de los administrados.

Partiendo de estas consideraciones previas, en este capítulo vamos a hacer referencia a ambos modelos, a saber, al arbitraje administrativo impropio (equivalente a la vía administrativa) y al arbitraje administrativo propio (alternativa a la vía jurisdiccional). Son dos modelos diversos, que requerirán de un desarrollo legal que los diseñe, los ordene, los estructure y los garantice. Aun siendo arbitrajes a desarrollar en el marco de los conflictos que puedan surgir en el ámbito del Derecho administrativo, sus características serán diversas. De ahí que en las páginas siguientes vamos a tratar de referirnos a ambos, haciendo especial hincapié en sus cuestiones esenciales, a saber: qué puede ser objeto del proceso arbitral administrativo –materias-, convenio arbitral, sujetos del proceso (partes y órgano arbitral), así como algunas cuestiones del procedimiento, y la eficacia que debe otorgarse al laudo arbitral que pueda dictarse o la ejecución del mismo.

## **II. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO, COMO EQUIVALENTE A LA VÍA ADMINISTRATIVA**

La LRJPAC incorporó una previsión general que permitía al legislador la aplicación del arbitraje, aunque como ya hemos expuesto con anterioridad, dicha previsión no ha gozado de posterior virtualidad práctica.

La doctrina valoró positivamente en su momento, la introducción de dicha previsión, aunque no la remisión a un posterior desarrollo, dado que



el artículo 107.2 de la entonces LRJPAC únicamente suponía un reconocimiento por parte del legislador de la necesidad de apertura hacia nuevos medios de resolución de controversia, pero sin verdadera aplicabilidad práctica. Es decir, una mera declaración intenciones pero sin efectos *per se*<sup>541</sup>.

Recordemos el tenor del actual artículo 112.2 de la LPAC que reproduce la previsión incorporada en su día a la LRJPAC:

*“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.*

*La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias*

---

<sup>541</sup> “no regula directamente tales procedimientos de impugnación o reclamación, sino que se remite a otras leyes y sólo delimita los contornos y rasgos principales de estos procedimientos. Su régimen jurídico vendrá determinado, pues, por las leyes que los establezcan, leyes que podrán dictar el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias legislativas. Pero dada la naturaleza básica del precepto, al menos las leyes de las Comunidades Autónomas que regulen estos procedimientos (pues el legislador estatal puede limitarse a desarrollar el citado art. 107.2 o puede modificarlo o excepcionarlo sectorialmente), han de ajustarse a los límites y prescripciones generales que sobre los mismos se establecen en él”. SÁNCHEZ MORÓN, M., “Recursos administrativos” en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (Dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 346.

*reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.”*

El propio precepto limita su aplicación a que su desarrollo se lleve a cabo por una ley formal, prohibiendo, además, la implantación generalizada de estos mecanismos alternativos, y limitándolos a aquellos supuestos en los que la materia lo justificase, con la obligación de respetar los principios, garantías y plazos del procedimiento administrativo.

### **1. Adecuado desarrollo de la previsión contenida en el artículo 112.2 de la LPAC**

El citado artículo 112.2 de la LPAC reconoce que “las leyes” podrán sustituir el recurso de alzada y/o el potestativo de reposición por distintos procedimientos, entre ellos, el arbitraje. El precepto es claro y refiere al instrumento normativo concreto para llevar a cabo este desarrollo: “*las leyes*”. La cuestión que surge, al respecto, es, sin embargo, ¿una ley estatal o una ley autonómica?

Entendemos que dicho desarrollo debiera llevarse a cabo por una ley estatal dado que en virtud del artículo 149.1.18ª de la CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo común, “*sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades autónomas*”. Y a mayor abundamiento, el artículo 149.1.1ª reconoce competencia exclusiva al Estado sobre “*La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”. Por tanto, el Estado es el competente para legislar sobre el

procedimiento administrativo, garantizando además, un trato igualitario a todos los administrados ante la Administración<sup>542</sup>.

Así lo reconoció expresamente la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC, cuya disposición adicional segunda fijó, aunque sin éxito que: “*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 sustitativos de los recursos de alzada y de reposición*”.

En todo caso, una vez dictada una ley estatal nada impide que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar normas sectoriales de su competencia para adecuar el procedimiento a sus propias particularidades y a su organización administrativa. Pero el mínimo común habrá quedado fijado por una ley estatal.

Por lo que respecta a la referencia contenida en el citado artículo 112.2 respecto del ámbito local (“*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*”), lo cierto es que el Tribunal Constitucional reconoció en su momento, la aceptación del control de legalidad de las Corporaciones locales<sup>543</sup>.

---

<sup>542</sup> En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA defiende también que no procede interpretar que la remisión a “las leyes” contenida en la LRJPAC y actualmente en la LPAC permite la entrada al legislador autonómico en tanto y cuando ello sería contrario a la distribución de competencias entre normativa estatal y autonómica del artículo 149.1.18 de la Constitución Española, en “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, pp. 214-215.

<sup>543</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4/1981, 2 de febrero (ECLI:ES:TC:1981:4): “*el principio de autonomía es compatible con la existencia de un*

Sin embargo, para algunos autores como FERRET JACAS el tenor de esta previsión es “*hasta radical*” porque “*no todas las resoluciones que corresponden a los representantes elegidos son determinantes para la democracia y la autonomía local*”<sup>544</sup>.

Por su parte, tanto SÁNCHEZ MORÓN como BUSTILLO han defendido que dicho inciso “*se circunscribe a fijar que si en el ámbito local se introducen cauces impugnatorios sustitutivos y se crean a tal efecto órganos específicos colegiados, “aunque los órganos correspondientes tramiten los procedimientos impugnatorios en cuestión y formulen propuestas de resolución, compete a los órganos superiores electivos adoptar la solución que proceda*”<sup>545</sup>.

En todo caso, habrá que estar a un análisis caso por caso para determinar si el procedimiento de arbitraje en una determinada actuación administrativa conculca o no la autonomía local.

## **2. Materias susceptibles de arbitraje administrativo**

Una de las grandes cuestiones que deben considerarse cuando se pretende establecer las bases para la conformación de un arbitraje administrativo es la de determinar si todas las relaciones jurídico-administrativas podrían, en su caso, ser resueltas mediante arbitraje o si, por el contrario, debemos establecer límites al ámbito material del mismo.

---

*control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las Entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales”*

<sup>544</sup> FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 35, 1999, p. 15.

<sup>545</sup> BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos...*, cit., p. 292; SÁNCHEZ MORÓN, M., “Recursos administrativos”, cit., p. 348.

Atendiendo a los intereses en juego ciertamente habrá numerosos supuestos en los que la indisponibilidad impida el acuerdo, aun cuando en otros muchos, y aun exigiendo condiciones para su eficacia, habrá intereses en juego que permitirán las transacciones, los consensos y los acuerdos y, por ello, un posible arbitraje.

A nuestro parecer la respuesta es clara: no todas las controversias de Derecho administrativo van a poder resolverse mediante arbitraje. Solución a la que llegamos desde la misma Ley de procedimiento administrativo, dado que así se ha establecido en las leyes de procedimiento administrativo (inicialmente en la LRJPAC, y en la actualidad en la LPAC), al indicar que las leyes podrán sustituir el recurso de alzada por un procedimiento de arbitraje *“en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique”*. Por tanto, no se trata de una previsión genérica de sometimiento a arbitraje de cualquier controversia suscitada en las relaciones con la Administración. Este es un principio de partida que inevitablemente va a marcar el ámbito material de sometimiento a arbitraje administrativo: no todos los actos administrativos son actos impugnables en vía administrativa.

El artículo 112.1 de la LPAC establece que podrán interponerse por los interesados recursos de alzada y potestativo de reposición *“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable*

*a derechos legítimos*”. Y añade que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa<sup>546</sup>, y únicamente admite recurso indirecto contra los reglamentos.

Del mismo modo, cuando se trata de conformar el modelo de arbitraje administrativo propio como alternativo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, también, como ya anunciamos *supra*, habrá necesariamente que considerar que, si no cualquier acto es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como se estatuye por el artículo 2 de la LJCA, tampoco cualquier conflicto o materia podrá ser resuelta en sede de arbitraje administrativo.

Podemos, por tanto, considerar que uno de los principales obstáculos que surge para el recurso al arbitraje en materias de Derecho administrativo es precisamente la evolución y aceptación de la arbitrabilidad de las controversias. La arbitrabilidad está vinculada con la disponibilidad de la propia materia, y, sin embargo, en Derecho administrativo las potestades de la Administración son por definición, indisponibles. A diferencia del Derecho privado, en Derecho público se tutelan intereses públicos que se sustraen del poder de disposición de las partes en conflicto, y especialmente de la Administración, que se erige en garante de los mismos. En tal sentido, ciertas materias de Derecho administrativo deben ser directamente excluidas de un posible arbitraje ante las dificultades de encajar en el principio de disponibilidad exigible para este tipo de procedimientos. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de transigir sobre los bienes y derechos

---

<sup>546</sup> Esta exclusión fue reconocida anteriormente por las Sentencias de 18 abril 1986, 1 de octubre de 1987, 20 de febrero de 1990, 16 de diciembre de 1991, entre otras.

del Patrimonio del Estado, salvo real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno, exclusión recogida *ex lege*.

El interés público justifica que la Administración no pueda disponer de dichas potestades<sup>547</sup>. Y ello supone que la Administración no puede renunciar a sus potestades a través de la remisión a un árbitro. Pero lo cierto es que no impide individualizar ámbitos del Derecho público en los que sí que sería posible imaginar un hipotético recurso al arbitraje, como, por ejemplo, aquellos supuestos en que concurra un interés legítimo o un derecho preeminente de los ciudadanos, o bien en aquellos supuestos en los que se reconozca a la Administración la posibilidad de transigir. No se trata tanto de quién interviene en un determinado acto administrativo, cuanto de si la Administración actúa *iure imperii*, ejerciendo prerrogativas públicas o no.

Por consiguiente, existen supuestos de exclusión *ex lege* de la posibilidad de solución negociada, salvo con requisitos formales tasados, como en el supuesto de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, al que ya nos hemos referido, o los casos de los derechos de la Hacienda Pública –excluida expresamente en la Ley General Presupuestaria-. Se trata de exclusiones expresas tanto de transacciones como también de la posibilidad de sometimiento a arbitraje. Pero también podemos sostener que hay numerosos conflictos o cuestiones administrativas sobre las que no existe restricción expresa, lo que no es óbice a entender que en todo lo demás sea posible disponer. Habrá que considerar caso por caso para poder delimitar algunas de estas materias que sí podrían ser susceptibles de transacción.

---

<sup>547</sup> Entre otras, STS 19 noviembre 1991 (RJ 1991\8896)

Más adelante en este Capítulo, identificaremos aquellas materias que, a nuestro entender, serían susceptibles de arbitraje, y aquellas que, de antemano, deberían quedar excluidas. Se trataría de atender a un punto de partida evidente: es posible acudir a arbitraje cuando la cuestión o conflicto verse sobre materias disponibles. Lo interesante es, por tanto, plantear si la disponibilidad debe quedar tasada en la ley, si la disponibilidad puede entenderse interpretada desde la negación de la disponibilidad expresa para ciertos casos, entre otras soluciones, y siempre delimitando caso por caso esta posible remisión.

Por lo que respecta al arbitraje privado, el artículo 2 de la LA regula las materias objeto de arbitraje en los siguientes términos: “*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 el Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.*”

Interesa a nuestros efectos, la regulación contenida en el primer inciso de este artículo 2: Podrán someterse a arbitraje las controversias “*sobre materias de libre disposición*”. No debe olvidarse que la autonomía de la voluntad y la libertad son factores clave de la institución arbitral, y, por ende, resulta necesario que los sujetos intervinientes en el arbitraje tengan disposición sobre la materia objeto de conflicto. El legislador español, rechaza así el denominado “criterio patrimonial” en Derecho privado, defendido por un sector de la doctrina pro el *favor arbitrandum*<sup>548</sup>,

---

<sup>548</sup> Puede verse PERALES VISCONSILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005, p.139.



que considera arbitrable las pretensiones que tienen un valor pecuniario para las partes o los derechos que representen, al menos para una de las partes, un interés que pueda traducirse en dinero.

En este punto precisamente la legislación española fue variando en las dos versiones legislativas que han regulado el arbitraje privado, la de 1988 y la de 2003. En la anterior LA/1988 se venía a regular el objeto del arbitraje en sentido negativo, excluyendo expresamente aquellas materias no susceptibles de ser sometidas a arbitraje<sup>549</sup>. Se seguía con ello el sistema de establecer específicamente una exclusión de materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Sin embargo, la Ley de 2003 cambia la percepción, presentando una evolución más favorable al arbitraje, al eliminar las referencias expresas a estas exclusiones, estableciendo claramente un criterio generalista que se asienta en la libre disposición. De este modo se inspira más aún en la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de acudir al sistema arbitral en prácticamente cualesquiera sean sus conflictos, salvo que se trate de una materia no disponible. Surge así la dificultad de delimitar qué son “*materias de libre disposición*”, con el riesgo que conlleva dotarlas de un contenido tan genérico.

---

<sup>549</sup> 1. *No podrán ser objeto de arbitraje:*

a) *Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.*

b) *Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.*

c) *Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por si mismos.*

2. *Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales.*

Si bien es cierto que estamos analizando el posible ámbito material de un arbitraje administrativo, consideramos interesante tomar en consideración dos aspectos en relación con el objeto del arbitraje privado derivado de la regulación del arbitraje de la LA de 2003:

1.- Por un lado, una necesidad de matizar la dicción legal. Siguiendo a MONTERO AROCA y ESPLUGUES MOTA<sup>550</sup>, concurre una clara inexactitud de la fórmula arbitral empleada en el artículo 2 de la LA. Para estos autores, la arbitrabilidad no puede referirse a “controversias” sino a pretensiones. La pretensión constituye la petición, el objeto del arbitraje, la consecuencia jurídica, y puede ser de varias clases: (i) de condena, (ii) de mera declaración, (iii) constitutiva<sup>551</sup>. Esta posición ha sido respaldada por la jurisprudencia española, entre otras, en Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 56/2015, de 13 de julio de 2015<sup>552</sup>: *“Como ha puesto de relieve la doctrina, y la Sala comparte, la materia concierne especialmente al ámbito del Derecho en el que se integra la relación jurídica causal a que el arbitraje refiere; la controversia es algo más: afecta al conflicto y a la posición de las partes respecto del conflicto, en términos dinámicos, la controversia es lo que es cuando el conflicto afora. De ahí que se pueda sostener, con pleno fundamento, que, cuando el legislador refiere la “arbitrabilidad” a la controversia, está situando el momento decisivo para definir la disponibilidad de las partes en el tipo del conflicto y de la determinación de las*

---

<sup>550</sup> MONTERO AROCA, J., ESPLUGUES MOTA, C., “artículo 2”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2 ed., p. 140.

<sup>551</sup> MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, cit. pp. 117 y ss.

<sup>552</sup> LA LEY 109456/2015

*pretensiones, más que en el momento en que se inicia la relación causal y, en su caso, se formaliza al tiempo de ella, el convenio arbitral”.*

2.- En segundo lugar, la regulación de la “arbitrabilidad” de la forma que se ha llevado a cabo en la LA va a exigir que para su determinación haya de realizarse un examen del caso por caso, siendo que no todo es negro o blanco, puesto que no existen sectores en los que todo sea disponible o no disponible, ni siquiera en el sector del Derecho privado, en el que puede existir también en ciertos casos indisponibilidad y, por ende, inarbitrabilidad. MONTERO AROCA entiende así que esta referencia genérica puede resultar peligrosa por su indeterminación. La disponibilidad podría entenderse referida, además, a derechos subjetivos, debiendo hacer una distinción inadmisibles en cuanto a derechos subjetivos disponibles y no disponibles. Ello no es óbice a que consideremos que quizás la indeterminación es una clara posición a favor del arbitraje, de manera que lo que se pretende es la eliminación de obstáculos de acceso al sistema arbitral, comenzando precisamente por las posibles limitaciones que podrían derivarse precisamente de la existencia de límites legales a la disponibilidad. Pero esto no sería extrapolable al ámbito del Derecho administrativo en el que, por las especiales prerrogativas de la Administración y su condición de garante del interés público, el acceso a la vía arbitral se debiera concebir como una vía restrictiva, y no cualquier materia sería dilucidable en sede arbitral.

Sin embargo, como apunta JEQUIER, *“la arbitrabilidad así concebida, ligada necesariamente a la noción de los derechos subjetivos y a la concreta petición como parte de la pretensión, si bien se presenta como correcta y suficiente en el ámbito del Derecho privado, no explica ni justifica sin embargo el fenómeno de la creciente apertura hacia la*

*arbitrabilidad de aquellas controversias que, si bien traen causa en relaciones negociales reguladas por normas de derecho común, tienen como parte –o a alguna de ellas al menos- a los órganos de la Administración del Estado”<sup>553</sup>.*

Esto permite considerar sin lugar a dudas que, si bien la legislación privada puede coadyuvar al entendimiento de la institución arbitral y sobre todo a su interpretación en ciertos casos, no por ello debemos considerar que la posibilidad de recurrir a arbitraje en materias de Derecho administrativo implica la extrapolación de la concepción iusprivatista, sino que debe sentar sus propios criterios selectivos. Y ello por cuanto, como ha sido objeto de estudio en los capítulos anteriores, en el Derecho administrativo concurren intereses públicos que deben garantizarse y no puede entenderse en ningún momento que el árbitro reemplaza a la Administración. Es preciso construir, desde los mismos principios que permiten conformar el sistema jurídico administrativo, las bases del modelo de arbitraje administrativo, asumiendo que necesariamente se está pergeñando un modelo restringido, y con importantes limitaciones materiales.

Cabría, por tanto, instaurar un criterio delimitador de las materias de libre disposición frente a aquellas materias regladas por el ejercicio de potestades discrecionales, en las que el especial deber de la Administración impide el sometimiento a arbitraje.

Así, partiendo del análisis llevado a cabo en el Capítulo tercero, la contratación administrativa parece una primera materia fácilmente sometible a arbitraje administrativo. Conviene recordar que el legislador

---

<sup>553</sup> JEQUIER LEHUEDÉ, E., “La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, abril 2013.

español ha incluido en la normativa de contratación administrativa una referencia a la posibilidad de someter a arbitraje de Derecho privado aquellas controversias surgidas en relación con los efectos, cumplimientos y extinción de los contratos celebrados con entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, es decir, de los contratos privados. Ciertamente es que no reconoce esta posibilidad para los contratos administrativos, pero dicha limitación no se incluía en anteriores normas de contratación como la de 1995. En todo caso, no cualquier materia de contratación pública sería susceptible de ser sometida a arbitraje, como analizaremos a continuación.

En este sentido, TORNOS MAS defiende que no debería existir impedimento para que se sometieran a arbitraje los conflictos generados en la ejecución de un contrato administrativo, dado que en ese ámbito el árbitro no entraría a juzgar decisiones unilaterales de la Administración, sino únicamente cuestiones de interpretación del contrato, es decir, de una relación jurídica que ya existe<sup>554</sup>. Coincidimos con este autor y entendemos que la clave residiría en que no se dejase a voluntad de la Administración el someter o no una controversia relativa a la ejecución de los contratos a arbitraje, como desarrollaremos en apartados posteriores. Conviene resaltar que la ejecución y la interpretación de los contratos administrativos (puesto que no se incluyó limitación al ámbito subjetivo) fue una de las materias incluidas en el borrador de anteproyecto de Ley reguladora del arbitraje administrativo del año 2001, que además previó expresamente la

---

<sup>554</sup> En este sentido se ha manifestado TORNOS MAS, J., “Título III: De las actuaciones relativas a la contratación. Capítulos I, II y III: Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración” en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2004, 2ª ed., p. 314.

incorporación de una disposición adicional a la normativa de contratación administrativa vigente en aquel entonces en este sentido<sup>555</sup>. En todo caso, no cualquier cuestión relativa a la ejecución sería susceptible de arbitraje. Por ejemplo, no resultaría admisible recurrir a arbitraje para modificar libremente el objeto de un determinado contrato o las condiciones de adjudicación que afectan, además, a terceros y a intereses públicos. Pero sí resulta posible imaginar un procedimiento arbitral relativo a la fijación de una determinada indemnización derivada de la ejecución del contrato.

TRAYTER por su parte, ha subrayado la importancia del recurso al arbitraje en la contratación administrativa al señalar que “*el hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje será el de los conflictos que surjan en la interpretación y aplicación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración*”<sup>556</sup>.

Incluso algunos autores como SOSA WAGNER<sup>557</sup> plantean la posibilidad de incluir una cláusula arbitral en el pliego de cláusulas administrativas, aprobado por el Consejo de Ministros e informado por el Consejo de Estado. Y lo cierto es que esta posibilidad ya se ha incorporado a los pliegos del Gobierno de Aragón a la luz de la Ley 3/2011, de 24 de

---

<sup>555</sup> El borrador de anteproyecto de ley contemplaba la incorporación de una nueva disposición adicional décima al entonces texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 2/2002:

“*Disposición adicional décima. Arbitraje en materia de contratación administrativa. Las controversias surgidas con motivo de la ejecución e interpretación de los contratos administrativos previstos en la presente Ley podrán resolverse de acuerdo con lo establecido en la Ley reguladora del arbitraje administrativo.*”

<sup>556</sup> TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, cit., pp. 75 y ss.

<sup>557</sup> SOSA WAGNER, F., *El contrato público de suministro*, Madrid, Civitas, 2003, 2ª ed., p. 157.

febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón que reconoce expresamente la opción de la vía arbitral<sup>558</sup>.

Una posible selección de materias requiere en todo caso, tomar en consideración las circunstancias de cada caso, los intereses en juego y la idoneidad del conflicto para recurrir a arbitraje.

Algunos autores, como LÓPEZ MENUDO, defienden la inadecuación de un sistema de “lista”, en la que se enumeren las materias susceptibles o no de ser sometidas a arbitraje administrativo y se decantan por el establecimiento de un verdadero criterio de “*concepto unívoco que distinga de una vez por todas qué debe entenderse por materia disponible para el Arbitraje de Derecho Público*”<sup>559</sup>.

Para el citado autor, la clave reside en que el núcleo esencial siga siendo competencia única y exclusiva de los tribunales contencioso-administrativos y que el árbitro nunca reemplace el papel de la propia Administración. No puede considerarse válido un método que, a título de ejemplo, acepte la sumisión a arbitraje de los contratos privados, pero deseche en bloque los contratos administrativos; o que descarte los actos reflejados, pero acepte los discrecionales. En opinión de este autor, el legislador debiera optar por identificar un “criterio”, a partir de cual valorar si una determinada controversia puede o no someterse a arbitraje.

No obstante lo anterior, la postura doctrinal mayoritaria prefiere el establecimiento de una lista de materias disponibles -y por ende susceptibles de ser sometidas a arbitraje- y otra de materias excluidas. La opinión

---

<sup>558</sup> Hemos consultado a la Administración Aragonesa a través de su portal de transparencia y nos ha confirmado que no constan experiencias de arbitraje administrativo en materia de contratos administrativos a raíz de la Ley 3/2011.

<sup>559</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, cit., p. 20.

diverge respecto de si dicha lista debiera tener carácter abierto y orientativo, o si debiera tratarse de una lista tasada.

El citado borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo del año 2001 identificaba las siguientes materias como arbitrables:

- (i) La ejecución e interpretación de los contratos;
- (ii) La aplicación de los convenios;
- (iii) La determinación de la cuantía de la indemnización en supuestos de responsabilidad patrimonial;
- (iv) La determinación de la cuantía del justiprecio expropiatorio;
- (v) Aquellos otros en los que la Ley autoriza la terminación convencional del procedimiento administrativo.

¿Y por qué estas materias *a priori*? Pasemos a analizar cada una de las materias seleccionadas por el prelegislador español en el año 2001.

(i) *Ejecución e interpretación de los contratos*

Sin ánimo de volver a realizar un estudio detallado del posible arbitraje en materia de contratación administrativa, para lo que nos remitimos al Capítulo tercero de este trabajo, conviene mencionar que el recurso a arbitraje se encuentra reconocido en la TRLCSP, aunque únicamente en el caso de los contratos privados y remitiendo a la LA<sup>560</sup>. Y, además, dicha previsión ya ha sido desarrollada por la Ley de Contratos Aragonesa, que como expuesto, permite el sometimiento a arbitraje de la ejecución e interpretación de los contratos administrativos. Es interesante esta Ley

---

<sup>560</sup> Como referido, esa previsión no ha sido incorporada en el Proyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público aprobado en octubre de 2017.



aragonesa, porque de forma nítida incorpora esta solución y la desarrolla, incorporando una solución *sui géneris*, que arroja respuestas ante la incertidumbre doctrinal en torno a la misma. Si bien es cierto que no consta ninguna experiencia de arbitraje en Aragón en aplicación de dicha precisión<sup>561</sup>.

Sin embargo, el Proyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público del año 2017 suprime la posibilidad existente en la legislación vigente de que las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas acudan al arbitraje para la solución de sus diferencias, sin aportar justificación alguna en su exposición de motivos.

No debiera existir problema acerca de la arbitrabilidad de la ejecución e interpretación de los contratos administrativos, en los que las normas ya han sido establecidas, y únicamente se trata de una mera controversia en relación con la aplicación e interpretación de las mismas, pero que a priori en nada afecta al interés público, si existiera riesgo de afectación a intereses de terceros o al interés general, debiera quedar excluido el arbitraje. La naturaleza de la relación jurídica es contractual, aun cuando uno de los elementos subjetivos de la misma es la Administración. Recuérdese que el propio borrador de Ley reguladora del arbitraje administrativo del año 2001 preveía la incorporación de una previsión en la normativa de contratación administración en este sentido.

---

<sup>561</sup> Hemos consultado a la Administración aragonesa mediante su portal de transparencia y nos ha confirmado que no consta ninguna experiencia de arbitraje en Aragón en aplicación de esta previsión.

(ii) Aplicación de los convenios

TORNOS MAS reconoce que el recurso al arbitraje tiene cabida en el “*amplio sector de la actividad convencional de la Administración*”, puesto que la Administración renuncia a su posición predominante y el árbitro entra a conocer de una relación jurídica entre dos partes iguales. El autor entiende que en estos casos la pretensión es la confirmación de una determinada interpretación de un convenio o contrato, pero se trata de un conflicto administrativo en sentido clásico en el que lo que se busca es la anulación de un acto administrativo o el reconocimiento de una situación individualizada<sup>562</sup>, opinión que compartimos.

Recuérdese que el artículo 86 de la LPAC reconoce la terminación convencional del procedimiento administrativo, permitiendo que las Administraciones Públicas celebren acuerdos, pactos, convenios o contratos tanto con personas de Derecho Público como de Derecho privado, siempre y cuando no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y que tengan por objeto la satisfacción de un interés público. Y añade que estos acuerdos no podrán alterar las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios en relación con el funcionamiento de los servicios públicos. En tal sentido, puede pensarse, a título de ejemplo, en un acuerdo sobre compensación de gastos de urbanización mediante una cesión de terrenos. Las condiciones de dicha compensación ya fueron pactadas entre ambas partes, pero surge una controversia relativa a la forma o la modalidad de cumplimiento de dicha obligación, que podría considerarse a los efectos que nos competen.

---

<sup>562</sup> TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, cit., p. 176.

Podría entenderse que allí donde el legislador ha querido un acuerdo, un convenio, se esté abriendo espacio a la negociación por medio de ambas partes para la aplicación de los mismos, salvo que expresamente se disponga lo contrario. Es indudable que la Administración goza de discrecionalidad para convenir con los particulares, y, por ende, no debería existir problema alguno en que una controversia surgida de la interpretación o aplicación de dichos convenios pudiera ser dilucidada por un tercero.

*(iii) Fijación de la cuantía de la indemnización en supuestos de responsabilidad patrimonial*

El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial ya permitía, en su artículo 2.2, que tanto la cuantía como el modo de la indemnización, cuando proceda, podían decidirse mediante acuerdo de terminación convencional. En modo alguno se admite la convención sobre la existencia o no de relación de causalidad o el reconocimiento pactado de la responsabilidad patrimonial, sino que el precepto se limita a la determinación de la cuantía y la forma de indemnización. Dicho Real Decreto fue derogado por la LPAC, que recoge la terminación convencional en materia de responsabilidad patrimonial en sus artículos 86 y 91.

El artículo 86 en su apartado 5º expresamente refiere a los procedimientos de responsabilidad patrimonial, reconociendo la posibilidad de acuerdo entre las partes respecto de la cuantía y el modo de indemnización, con base en los criterios fijados en el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1

de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que se expresa en los siguientes términos:

*“1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*

*En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.*

*2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.*

*3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con*

*arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.*

*4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.”*

Por tanto, en la medida en que se permite determinar la cuantía de la indemnización en los supuestos de responsabilidad patrimonial desde criterios que, marcados por el ordenamiento, pero a la vez su configuración cuantitativa y cualitativa puede ser objeto de interpretación, aceptando el acuerdo del interesado en su modulación, estaríamos sin duda ante uno de los supuestos en que existe disponibilidad relativa de la Administración, y podría considerarse a los efectos que nos ocupa.

(iv) Fijación de la cuantía del justiprecio expropiatorio

La Ley de Expropiación Forzosa<sup>563</sup> regula expresamente que la Administración y el particular podrán convenir la adquisición de los bienes o

---

<sup>563</sup> “Artículo veinticuatro.

*La Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo se seguirá el procedimiento que se establece en los artículos siguientes,*

derechos objeto de la misma, de mutuo acuerdo, así como fijar reglas sobre cómo alcanzar una solución. Por tanto, podría tratarse de un ámbito sometido a arbitraje, puesto que ya *per se* se trata de un ámbito en el que la Administración tiene margen de negociación.

Repárese que como hemos reiterado *supra*, estamos ante un supuesto en el que existe una parcela –la determinación del justiprecio expropiatorio- a la que la misma ley está otorgando naturaleza disponible, al fijar la posible determinación de la misma de mutuo acuerdo, tanto para convenir los bienes y derechos objeto de la misma como para fijar las reglas para su configuración. Podría plantearse, además, en este sentido, la posibilidad de incorporar un límite máximo por razón de la protección de la legalidad presupuestaria, como, por ejemplo, el máximo fijado en la hoja de aprecio o en la resolución del Jurado, de forma que el tribunal arbitraje debiera moverse entre unos límites máximos y mínimos.

(v) *Aquellos otros en los que la Ley autoriza la terminación convencional del procedimiento administrativo*

El texto del borrador de anteproyecto del 2001 abogó, a la hora de determinar la arbitrabilidad administrativa, por una lista *numerus apertus*, dejando abierta la posibilidad de someter a arbitraje aquellas cuestiones en las que se permitiera la “terminación convencional” por una Ley. A estos

---

*sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de su tramitación puedan ambas parte llegar a dicho mutuo acuerdo.*

*Artículo veinticinco.*

*Una vez firme el acuerdo por el que se declara la necesidad de ocupación de bienes o adquisición de derechos expropiables, se procederá a determinar su justo precio.”*

efectos, incluía una referencia a *las materias que gocen de adecuada cobertura para ser sometidas a arbitraje*, así como a la consideración de arbitrabilidad de cuanto pudiera someterse a mediación y/o transacción. La opción del borrador es la de no cerrar legalmente las posibilidades de acceso a arbitraje, sino asumir, en línea con lo que es habitual en las leyes comunes de arbitraje, que puede llevarse al mismo aquellas cuestiones que pueden ser disponibles para las partes, a saber, las que pueden resolverse de manera convencional, a través de pactos, acuerdos, mediación, transacción, etc.

Este borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo recogía un elenco de materias que podrían dar lugar a la disponibilidad en la resolución de los conflictos que pudieren suscitarse en torno a la misma, con una cláusula final abierta que permitiese la moldeabilidad relativa o la disponibilidad limitada, a saber, permitir acudir al arbitraje administrativo cuando así lo haya previsto la propia legislación administrativa.

En este sentido, ha de señalarse que el artículo 86 de la LPAC permite la terminación convencional por parte de las Administraciones Públicas “*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*”. Se delimita así, la viabilidad de la terminación convencional administrativa, tanto de las Administraciones como de las personas de Derecho público o de Derecho privado –sin límites subjetivos al respecto- y siempre que no contraríen ni el ordenamiento jurídico ni sean materias de imposible transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público.

Resulta interesante a estos efectos recordar que en los últimos tiempos ha existido un movimiento a favor de la mediación, en gran medida impulsado desde la Unión Europea, que ha llevado a los Estados a legislar en materia de mediación y a los operadores jurídicos, también en el sector de la Administración, a encontrar en la institución de la mediación un remedio imprescindible, y podríamos decir que mucho más “amable” que los sistemas jurídicos tradicionales, para la resolución de los conflictos jurídicos. La Administración no escapa de este movimiento y es por ello que, como ya expusimos en el Capítulo segundo, el impulso, siquiera a través de los intentos desde el Consejo General del Poder Judicial de incorporar protocolos de actuación, nos ofrecen datos de interés en relación, precisamente, al elenco de materias que se han venido considerando como disponibles a los efectos de la mediación administrativa y que, por ende, podrían servirnos también en el arbitraje.

Sin embargo, existen referencias a estas posibles materias susceptibles de mediación. Por ejemplo, la Recomendación R (2001) 9 cita como materias posibles los actos administrativos individuales, los contratos, la responsabilidad civil y con carácter general los litigios que tengan por objeto una suma de dinero<sup>564</sup>.

Por su parte, la Directiva 2008/52/CE sobre mediación en materia civil y mercantil excluye de su ámbito de aplicación los “*derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes*” y añade en su artículo 1.2 que “*no se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones*”

---

<sup>564</sup> Puede verse ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “La mediación en la Jurisdicción...”, cit., p. 343.



en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)”. No se aplicará la Directiva no significa que no sea posible, sino que la norma de mediación es para asuntos civiles y mercantiles, pero está reconociendo, a mayor abundamiento, que, en asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, así como en los de responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana, puede haber mediación, *sensu contrario*. Es decir, hay mediación administrativa pero no es objeto ni de la Directiva de 2008 ni de la Ley nacional que desarrolla la misma (en nuestro caso, de 2012). Existe, en consecuencia, un reconocimiento de “convencionalidad”, de “disponibilidad”, en ciertos sectores de la Administración que pueden propiciar acuerdos, pactos, transacciones, mediaciones y, por ello, arbitrajes.

Ahora bien, en sede europea, no parece existir un criterio común entre los países de la Unión acerca de las materias sometibles a un procedimiento de mediación administrativa. Sin embargo, resulta relevante mencionar que el 3 de mayo de 2007 se emitió un texto que, bajo el título “*Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation*”<sup>565</sup>, identificaba como materias susceptibles de mediación los actos administrativos individuales, los contratos, la responsabilidad civil y en general, las reclamaciones de cantidad. Un aporte que, en todo caso, no debe olvidarse por cuanto permite fundamentar algunas de las afirmaciones que se están realizando en este apartado.

---

<sup>565</sup>[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2007\)12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2007)12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6&direct=true), p. 170.

España incorporó la citada Directiva de mediación a través de la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y obviamente, en línea con lo expuesto en sede europea, estableció la exclusión de las materias no disponibles, amén de la inaplicabilidad de la ley a: “a) *La mediación penal*; b) *La mediación con las Administraciones públicas*; c) *La mediación laboral*; d) *La mediación en materia de consumo*”. Insistimos, no se trata de una declaración legal de exclusión de la mediación en estos sectores, sino de la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley a las mismas, sin perjuicio de la regulación específica que en materia penal, administrativa, laboral o en materia de consumo exista a estos efectos.

En línea con lo que estamos analizando acerca de la disponibilidad o no, resulta de gran interés considerar, como señalamos en el Capítulo Segundo, que el 26 de junio de 2011 el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó un Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>566</sup>. Dicho Protocolo establecía en su Base 21 que la mediación será aplicable en los siguientes casos:

- (i) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transacción.
- (ii) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico admita la terminación convencional del procedimiento administrativo.

---

<sup>566</sup> <http://www.adrmaremma.it/espanol/normas04.pdf>

(iii) En los supuestos para los cuales el ordenamiento jurídico prevea procedimientos compositivos impugnatorios y sustitutivos de la vía del recurso administrativo.

(iv) Respecto al ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.

(v) En la fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas o que son presupuesto de aplicación de normas jurídicas.

Y en concreto, enumeraba algunas materias como susceptibles de mediación (*numerus apertus*):

(i) Fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.

(ii) Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones.

(iii) Legislación urbanística<sup>567</sup>, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.

(iv) Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

(v) La inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.

---

<sup>567</sup> En materia de urbanismo, MESTRE DELGADO apunta que aun cuando es admisible el arbitraje en los convenios con particulares que versen sobre la ejecución de los planes, no lo es en los convenios de planeamiento en tanto y cuando se afecta al ejercicio de una potestad pública, indisponible para las partes, en “El arbitraje en Derecho administrativo”, en BARONA VILAR, S., *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, cit., p 365.

- (vi) La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.
- (vii) Ejecución de sentencias.
- (viii) Las demás que establezcan en normas legales o sean acordadas por el Juez Competente.

La propuesta realizada a través de este listado fue el fruto de las reflexiones y conclusiones extraídas en el *Seminario sobre mediación contencioso-administrativa* celebrado en enero de 2011 y en el que se llegó al entendimiento de que cualquier materia amparada en Derecho administrativo podría ser susceptible de mediación, a excepción de aquellas que afectan a derechos fundamentales, al orden público o que perjudiquen a intereses de terceros. Es por ello que el Seminario entendió preferible decidirse por una lista de posibles materias, sin estipular una lista reglada<sup>568</sup>. Este punto de partida resulta interesante y arroja cuanto menos, elementos para fijar los criterios de la arbitrabilidad desde estos planteamientos o principios-base.

En este sentido resulta interesante remitirnos el protocolo de mediación contencioso-administrativa elaborado en el seno del CGPJ de 9 de octubre de 2013 sobre las materias susceptibles o no de mediación y sobre el que se han pronunciado bien de forma idéntica o bien con matices los autores de la doctrina administrativista<sup>569</sup>.

---

<sup>568</sup> Puede verse PEREIRA PARDO, M.C., BOTANA CASTRO, V., FERNÁNDEZ MUIÑOS, B., *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, Colección Práctica de Mediación, Madrid, Dykinson, 2013, pp.167-168.

<sup>569</sup> PÉREZ MORENO, A., “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, en MONTORO I CHINER, M.J. (Coord.) *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 178; DE PALMA DEL TESO, A., “Nuevas técnicas convencionales en el Derecho Administrativo. En especial el trámite de avenencia ante el jurado de expropiación de Cataluña”, en MONTORO I

De acuerdo con estos fundamentos quedan excluidos de la posibilidad de mediación: las impugnaciones directas de reglamentos, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas y cualquier asunto en materias legalmente abiertas a la acción pública, así como las materias estrictamente regladas.

Constituirían, por su parte, materias susceptibles de mediación: (i) los conflictos que surjan en la interpretación y ejecución de contratos de las Administraciones públicas, (ii) convenios entre Administraciones públicas, convenios urbanísticos y expropiatorios, (iii) 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, (iv) los acuerdos indemnizatorios en procedimientos de determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, (v) la concesión de ayudas y subvenciones públicas, (vi) el procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, (vii) determinadas cuestiones medioambientales, (viii) la determinación de la base imponible, (ix) la rectificación de datos catastrales, (x) la valoración de méritos o adjudicación de plazas en ejecución de sentencias, (xi) determinados aspectos del derecho sancionador<sup>570</sup>. A ellos podrían incorporarse conflictos en materia de

---

CHINER, M.J. (Coord.) *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 228-229; GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa”, cit., pp. 17-19; CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, cit., pp. 13-17, que mantiene una posición muy proclive a la mediación administrativa considerando la posibilidad de mediación incluso cuando pueda encontrarse la administración en el ejercicio de potestad reglada que permita el juego de la alternatividad en su interpretación y aplicación; BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Una apuesta por la mediación administrativa”, Pamplona, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 3/2014, pp. 7-9.

<sup>570</sup> Recogidas todas ellas en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., Ob., cit., pp. 345-346.

objeto de negociación colectiva en el ámbito del empleo público o cuestiones sobre falta de transparencia y de participación ciudadana<sup>571</sup>. Y, por supuesto, aquellos conflictos que trascienden de su naturaleza estrictamente jurídica y que alcanzan verdaderos intereses o sensaciones personales y en los que, como señala BELTRÁN<sup>572</sup>, el Derecho sólo posibilita una solución parcial del conflicto, resultando frustrante para quien acude a los tribunales buscando una solución adecuada y satisfactoria<sup>573</sup>.

Todas las propuestas anteriores, las acciones del Consejo y el movimiento doctrinal a favor de la introducción de un instrumento como la mediación en Derecho Administrativo ponen de relieve que existen sectores y materias en las que la Administración puede transigir con las condiciones legalmente establecidas. Y ello permite hacerlo extensivo igualmente a lo que refiere al arbitraje. Es un punto de partida que no debemos olvidar. No se trata de afirmar que donde cabe mediación, es posible el arbitraje, por cuanto las consecuencias jurídicas de ambas son diversas (repárese que la mediación permite los tribunales en todo caso, mientras que el arbitraje es “alternativo” a los mismos), pero sí es importante considerar que el campo de la disponibilidad administrativa existe y permite imaginar también el uso de la técnica arbitral en aquellas materias de Derecho público en las que la Administración puede convenir, negociar o transigir.

---

<sup>571</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Una apuesta por la mediación administrativa”..., cit., p. 9.

<sup>572</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Una apuesta por la mediación administrativa”..., cit., p. 8.

<sup>573</sup> Como señala BELANDO GARÍN, B., “La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, p. 440, “se trata de poner fin a conflictos cuya resolución satisfactoria no se alcanza con la aplicación de sanciones administrativas, sino que en ocasiones se agrava con las mismas al avivar los sentimientos que sustentan la conducta a eliminar.”

Históricamente, arbitraje y transacción –obviamente en el sector del Derecho privado- han estado ligados. Así, hasta la LA/1988 el Código Civil recogía en su artículo 1820 que “*las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contendas*”, y el artículo 1821 añadía que “*Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos. En cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determina la Ley de Enjuiciamiento Civil*”<sup>574</sup>.

A pesar de todo, la doctrina civilista sigue entendiendo que la referencia a “*libre disposición de las partes*” debe entenderse como aquello sobre lo que no se puede transigir, lo que supone excluir de sometimiento a arbitraje “*las cuestiones relativas al estado civil y capacidad de las personas, nacionalidad, patria potestad, paternidad y filiación, relaciones paterno-filiales, alimentos, adopción, matrimonio y por extensión, según algunos autores –así, DIEZ PICAZO- incluso las consecuencias patrimoniales derivadas del estado civil*”<sup>575</sup>.

La transacción en el ámbito del Derecho administrativo ha sido también aceptada expresamente. Así, la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1911 autorizaba en su artículo 6 que el Estado realizara transacciones respecto de los derechos de la Hacienda, siempre que fuera mediante Real Decreto y previo dictamen del Consejo de Estado. Dicho precepto se mantuvo posteriormente en la Ley General Presupuestaria de

---

<sup>574</sup> Ambos artículos del Código Civil fueron dejados sin efecto por la LA/1988.

<sup>575</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, cit., p. 18.

1977, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, entre otras<sup>576</sup>.

Y lo cierto es que ha sido admitida también por el propio artículo 1812 del Código Civil, a cuyo tenor “*Las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes*”.

Los elementos definidores de la transacción que han sido reiterados por el Consejo de Estado, entre otros en su Dictamen 41876/79<sup>577</sup>:

*“Como ha señalado reiteradamente el Consejo de Estado, la transacción exige institucionalmente, para que pueda legitimarse, la existencia de una relación jurídica dudosa, cuya incertidumbre venga a eliminar precisamente la transacción mediante las recíprocas concesiones que se hagan las partes (dictamen de 2 de noviembre de 1967, en el expediente núm. 35577; dictamen de 4 de febrero de 1965, en el expediente núm. 33394). Asimismo se ha señalado por este Consejo de Estado que los requisitos fundamentales de la transacción son tres: relación jurídica incierta o tenida por tal; intención de sustituirla por otra cierta y determinada, y recíproca concesión de las partes; puntualizándose que mientras los dos primeros son expresiones subjetivas de una situación, la ponderación del tercero de dichos requisitos debe ser objetiva (dictamen de 5 de noviembre de 1964, en el expediente núm. 33068). Por su parte, el*

---

<sup>576</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La transacción en el proyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, enero-abril 1998, p. 10-11.

<sup>577</sup> Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La transacción en el proyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, cit., p. 17.



*Código civil define la transacción en su artículo 1809 como “un contrato 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.”*

Aun cuando el objeto específico de nuestro trabajo no es propiamente la transacción, sí queremos referirnos, por interés extensivo al arbitraje, a la delimitación de los límites fijados en el artículo 77.3 de la LJCA a la hora de admitir la transacción: (i) que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, (ii) que lo acordado no sea lesivo del interés público, (iii) que lo acordado no sea lesivo de terceros<sup>578</sup>.

Como defiende HUERGO LORA, “*el requisito de la disponibilidad se traduce para la Administración, en consecuencia, en un control de que las cesiones acordadas y la propia decisión de transigir sean adecuadas para la tutela de los concretos intereses públicos presentes*”<sup>579</sup>, puesto que la Administración debe salvaguardar siempre los intereses públicos y la adecuación de cada uno de sus actos a este fin es requisitos de validez de los mismos. En concreto, puede pensarse en la posibilidad de transigir en el procedimiento sancionador y llegar a acuerdos, por ejemplo, estableciendo la cuantía de una determinada sanción. En este sentido, lo anterior ya es posible en ámbitos como el deportivo, objeto de análisis en el Capítulo tercero de este trabajo.

Merece igualmente destacar, a estos efectos, lo que dispone el artículo 90.4 de la LPAC, que ha reconocido la utilización de la actividad

---

<sup>578</sup> Puede verse, GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, cit.

<sup>579</sup> HUERGO LORA, A., “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo”, *Circulo de Derecho Administrativo*, p. 101, online.

convencional en materia sancionadora, aunque limitándola expresamente a los casos en que, además de la sanción, se hubiera producido daños o perjuicios a la Administración. En este supuesto, la determinación de los mismos sería susceptible de terminación convencional.

La concesión de ayudas y subvenciones públicas es otro supuesto en el que se admite la terminación convencional. Aun cuando nada dispone la Ley General de Subvenciones estatal, así lo dispone el artículo 23 del Decreto legislativo 2/2005, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de subvenciones de las Islas Baleares, “*cuando el objeto de la subvención y el número y circunstancias de los posibles beneficiarios lo permitan*”.

De igual modo, para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJPAC, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones permite la terminación convencional “*cuando por la naturaleza de la actividad de las normas reguladoras de la autorización así lo prevean*” y siempre que se garantice el interés público para cuya salvaguardia se exige la autorización consiguiente.

TRAYTER por su parte, considera que, adicionalmente a las ya mencionadas materias, podrían ser objeto de arbitraje cuestiones relativas a conciertos educativos y sanitarios, reclamaciones y convenios tributarios, concesiones administrativas, etc<sup>580</sup>.

En términos generales, en la lista de materias susceptibles de someterse a arbitraje la doctrina aboga por la actividad convencional de la

---

<sup>580</sup> TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, cit., p. 102.

Administración, las controversias sobre reclamación de cantidad, las de índole patrimonial, así como las que versen sobre la función pública siempre que se realice una aproximación del régimen funcionarial al régimen propio de los trabajadores; la actuación de la Administración sometida al Derecho y especialmente, los contratos privados de la Administración<sup>581</sup>.

Sin embargo, como apunta ROSA MONTERO<sup>582</sup>, “*aunque está pendiente en el Derecho Administrativo reconocer un adecuado juego a la libertad de negociación de la Administración, no es cierto que, con el vigente marco normativo, la autonomía no tenga margen alguno de juego en la toma de decisiones públicas*”, y añade que “*también existe esa flexibilización en la toma de decisiones en aquellos conflictos que, aun situándose fuera de dicha actividad (discrecional), remiten a cuestiones sobre estimación de cantidad*”. Este autor entiende así, que el elemento clave no es el de la actividad convencional de la Administración, sino el de la discrecionalidad. Es posible someter a arbitraje aquellos litigios de reclamación de cantidad (expropiación, responsabilidad patrimonial, etc.), y en general los “*ámbitos de discrecionalidad*” porque aun “*siendo éstos unos ámbitos propicios para decisiones consensuadas, a éstas deben seguir mecanismos de solución de conflictos de auto composición y también arbitrales; pero, aunque aquellas decisiones no existan, ello no impide la utilización de la técnica arbitral para dirimir las posibles controversias*”.

Para TORNOS MAS, por su parte, la actividad unilateral de la Administración debe ser excluida del sometimiento a arbitraje, puesto que “*la*

---

<sup>581</sup> XIOL RIOS, J.A., “El arbitraje y los tribunales de justicia”, en *La Notaría*, núm. 47-48, 2007, p. 6.

<sup>582</sup> ROSA MONTERO, J., *El arbitraje administrativo*, cit., pp. 106-111.

*decisión administrativa sólo puede ser revisada por un órgano administrativo o por el poder judicial*”<sup>583</sup>. Dentro de esta inmensidad de decisiones administrativa, se han identificado expresamente los actos de policía, soberanía, imperio o giro o tráfico administrativo<sup>584</sup>.

Se trata en sentido general, de los actos administrativos reglados, dictados en el ejercicio de potestades discrecionales<sup>585</sup>.

Frente a TORNOS MAS y ROSA MONTERO para quienes la noción de materia disponible gira en torno a la actividad de la propia Administración, otros autores como BUSTILLO BOLADO<sup>586</sup> consideran que el ámbito material del arbitraje debe configurarse sobre la “*actividad judicial de control del artículo 106.1 CE y la tutela judicial del artículo 24*”. Este autor entiende que se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Carta Magna si un sujeto viera que un asunto que afecta a su esfera jurídica de derechos e intereses legítimos se somete a un árbitro sin contar con su consentimiento. No compartimos la tesis de BUSTILLO BOLADO por cuanto que una de las notas esenciales del arbitraje es la voluntariedad y, por ende, el supuesto de hecho que el autor plantea no tiene cabida. Un sujeto no podría verse conminado a someter a arbitraje una contienda en contra de su consentimiento. Es más, como

---

<sup>583</sup> TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, cit., p. 176.

<sup>584</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, “Las negociaciones y el Derecho administrativo: transacciones, convenios, arbitraje”, en ARISMENDI, A., CABALLERO ORTIZ, J. (Coords.), *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, tomo II, Civitas- Thomson Reuters, 2003, p. 1823, citado por GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, cit., p. 47.

<sup>585</sup> TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, cit., p. 95.

<sup>586</sup> BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y Contratos administrativos...*, cit., pp. 468-469.

desarrollaremos más adelante, abogamos por un sistema similar al existente en el arbitraje de consumo en el que el interesado presente solicitud de arbitraje y la Administración no pueda oponerse a ello.

De igual modo, otro sector doctrinal aboga por la limitación del arbitraje a aquellos supuestos en los que no concurre un interés público o intereses generales, refiriéndose a aquellos ámbitos “*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 de una actividad o inactividad material de la Administración nacen automáticamente unos derechos concretos para el particular*”<sup>587</sup>.

En cualquier caso, es más que palmario que lo importante a nuestros efectos es la dificultad que conlleva definir qué debe entenderse por materia disponible.

La ausencia de un método único de definición de lo disponible y lo indisponible, ha sido objeto de abundantes creaciones por parte de la doctrina administrativista para tratar de delimitar esta cuestión. Y quizás es más sencillo conformar un criterio negativo que positivo, a saber, determinar o que no sería disponible para dejar abierta la posible disponibilidad.

Así, no existe tanta polémica a la hora de identificar aquellas materias que ciertamente están excluidas de la vía arbitral. Se trata de los asuntos de policía, soberanía, imperio o giro o tráfico y las potestades normativas de la Administración. Prevalece, por tanto, un criterio de identificación de aquellas materias en las que el ordenamiento jurídico protege intereses generales a través de la actuación de la Administraciones

---

<sup>587</sup> FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, cit., p. 17.

Públicas frente a aquellas otras en las que los derechos subjetivos o intereses legítimos de las partes pueden entenderse por el legislador como materia disponible.

En línea con lo que venimos exponiendo consideramos que podemos partir de la prohibición genérica de someter a arbitraje aquellas materias que no son de libre disposición. Este sería el principio declaratorio de partida. El paso siguiente nos llevará a considerar a este respecto qué materias son las que no podrán considerarse objeto de arbitraje e identificarlas. Tal y como llevó a cabo, por ejemplo, la LA/1988, que tras venía a regular el elenco de las materias que no podían ser objeto de arbitraje, entendido por tales aquellas que no eran de libre disposición para las partes. Se trataba de las siguientes:

- (i) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
- (ii) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.
- (iii) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.

Conviene traer a colación, además, que el apartado b) del artículo 2.1 de la LA/1988 disponía que “*no podrán ser objeto de arbitraje las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición*”, es decir, no puede entenderse como disponible una materia, si las consecuencias de la decisión arbitral pueden proyectarse sobre otras materias o relaciones jurídicas que no son disponibles.

Aun cuando la regulación anterior refiere al Derecho privado no resulta extrapolable al ámbito del Derecho administrativo, sí permite afianzar la idea de identificar aquellas materias que sí o sí quedan excluidas de un posible arbitraje. Es más, pongamos un ejemplo de Derecho administrativo: en materia de contratación, no podría someterse a arbitraje una determinada cuestión, si la decisión arbitral puede afectar el proceso de control o la garantía de cumplimiento de las normas de un determinado sector, llegando a desplazar así el desempeño de una función de supervisión a un tercero que pacten las partes. Aun cuando la materia en sí sea arbitrable, la decisión arbitral puede incidir en una esfera que no lo es.

Probablemente la complejidad en el punto que estamos abordando se encuentra no tanto en lo que claramente quedaría excluido de arbitraje, cuanto en la pretensión de configurar un listado de materias que pudieren ser objeto de arbitraje<sup>588</sup>. Si el legislador entendiera que concretas materias fueran susceptibles de arbitraje, estas debieran estar perfectamente identificadas, en aras de respetar el principio de legalidad del artículo 103 de la CE y no dejar margen de apreciación a la Administración para fijar a su antojo qué es y no es susceptible de ser sometido a arbitraje.

Quedarían a nuestro entender, por tanto, totalmente excluidas de sometimiento a arbitraje las siguientes materias:

- a) Impugnación directa de disposiciones de carácter general.
- b) Actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas.

---

<sup>588</sup> PÉREZ MORENO trató en su día de proponer una redacción de artículo con las “materias susceptibles de procedimientos alternativos de resolución de impugnaciones”, en PÉREZ MORENO, A., “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, *Revista andaluza de Administración Pública*, nº 49, 2003, pp. 15-16.

- c) La acción pública.
- d) Ejercicio de funciones de autoridad.
- e) Todas aquellas materias excluidas *ex lege* de transacción o arbitraje.

Por su parte, entendemos que a día de hoy podrían llegar a ser objeto de arbitraje, por no existir conflicto con el interés público, las siguientes materias:

- a) Las susceptibles de transacción o terminación convencional.
- b) La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones, o rescates.
- c) La ejecución e interpretación de los contratos, siempre que no afecte al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico<sup>589</sup>.
- d) La aplicación de los convenios.
- e) La inactividad de la Administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.
- f) La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.

Por lo que respecta al modelo a seguir a la hora de identificar estas materias, cabrían dos posibles alternativas. O la incorporación de un listado de posibles materias en una Ley de arbitraje administrativo, o la

---

<sup>589</sup> Esta idea del interés público en los contratos fue introducida por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.



inclusión de cláusulas de sometimiento a arbitraje en las correspondientes leyes sectoriales.

Algunos autores, como LÓPEZ MENUDO defienden la inadecuación de un sistema de “lista”, en la que se enumeren las materias susceptibles o no de ser sometidas a arbitraje administrativo y se decantan por el establecimiento de un verdadero criterio de “*concepto unívoco que distinga de una vez por todas qué debe entenderse por materia disponible para el Arbitraje de Derecho Público*”<sup>590</sup>. Esta ha sido la tendencia, por otra parte, que ha venido consolidándose en otros sectores en los que se regula el arbitraje, básicamente porque deja una puerta abierta a la arbitralidad condicionada.

Para LÓPEZ MENUDO, la clave reside en que el núcleo esencial siga siendo competencia única y exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa y que el árbitro nunca reemplace el papel de la propia Administración. Ello sería aplicable también al arbitraje en vía administrativa. No puede considerarse válido un método que por ejemplo, acepte la sumisión a arbitraje de los contratos privados, pero deseche en bloque los contratos administrativos; o que descarte los actos reflejados, pero acepte los discrecionales. En opinión de este autor, el legislador debiera un identificar un “criterio”, a partir de cual valorar si una determinada controversia puede o no someterse a arbitraje.

También es indudable que el sistema de lista tiene la ventaja de que una vez entre en vigor dicha Ley, todas las materias identificadas podrán ya ser objeto de arbitraje, o lo que es lo mismo, facilita a los operadores jurídico-administrativos la opción o no por el arbitraje. Ello, no obstante,

---

<sup>590</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, cit., p. 20.

puede indudablemente generar algunos problemas, en cuanto cabría plantearse ciertas materias no incluidas en la enumeración legal que, sin embargo, pudieran considerarse como disponibles en la actuación administrativa, propiciando a este respecto un reduccionismo arbitral.

Quizás, por todo lo expuesto, podría ser recomendable considerar como modelo de determinación de la arbitrabilidad administrativa la fijación de lo que no es posible considerar como tal, en la misma ley, y fijar un elenco de materias susceptibles de ser arbitrables, con una última cláusula final que dejara la puerta abierta a otras posibles materias que pudieran desde la disponibilidad ir identificándose susceptibles de ser sometidas a arbitraje. O lo que es lo mismo, abogamos por un modelo mixto de conformación de la arbitrabilidad administrativa: materias no susceptibles de llevarse a arbitraje, materias susceptibles de ser arbitrables y una puerta abierta a la incorporación de cuestiones que podrían someterse a arbitraje bajo los límites de la disponibilidad administrativa en todo caso.

### **3. Convenio arbitral**

Como hemos apuntado en capítulos precedentes, la voluntariedad del sometimiento a la institución arbitral es un presupuesto indispensable, que constituye su base legitimadora. El análisis contenido en el presente epígrafe se aplicaría tanto al arbitraje administrativo impropio, como al arbitraje administrativo propio.

Ahora bien, el acuerdo de voluntades en Derecho administrativo no puede ser asimilable al requerido en Derecho privado, puesto que ello podría suponer un freno al recurso al arbitraje. Y ello, por una parte, porque

los administrados pueden no sentirse atraídos hacia un mecanismo de resolución de controversias que desconocen y, por otra parte, porque a la Administración le puede interesar dilatar la resolución de la controversia mediante un procedimiento judicial y por tanto, no recurrir nunca a la institución arbitral. Esto es, resultaría complicado exigir la concurrencia de voluntades de la Administración y el administrado, lo que en palabras de LÓPEZ MENUDO supondría “*arrinconar el sistema arbitral que se creara*”<sup>591</sup>.

Como indica GARCÍA PÉREZ<sup>592</sup>, la propuesta mayoritaria consiste en configurar un arbitraje voluntario para el administrado y forzoso para la Administración. A razón de la presencia de la Administración y el privilegio de la ejecutividad, el ciudadano podría verse perjudicado por la pasividad de ésta si así no se hiciera, de ahí la necesidad de establecer el deber de la Administración de aceptar el arbitraje. Esta opinión fue la que se consagró en el texto del borrador del Anteproyecto de Ley reguladora del arbitraje administrativo de 2001, en cuyo artículo 4 se disponía expresamente: “... *la voluntad del interesado de someter a arbitraje la resolución de un conflicto administrativo vincula a la Administración Pública afectada. Esta voluntad se manifiesta mediante la presentación de la solicitud de arbitraje*”.

TRAYTER por su parte, planteaba una posible inclusión de una cláusula de sometimiento a arbitraje de las cuestiones litigiosas que pudieran surgir en una determinada relación jurídica con la Administración<sup>593</sup>. Esa opción resultaría aplicable para el caso de los contratos, convenios o actos

---

<sup>591</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, cit., p. 16.

<sup>592</sup> GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, cit., pp. 66-67.

<sup>593</sup> TRAYTER, J., “El arbitraje de Derecho administrativo”, cit., p. 103.

bilaterales con la Administración. Sin embargo, no resultaría posible en el resto de supuestos en los que no existe realmente una “relación jurídica” firmada entre Administración y particular, sino que la controversia nace de un acto administrativo dictado por la Administración y con efectos en el administrado, pero sin que, en dicho acto, como resulta evidente, figure una declaración expresa de la Administración de someter cualquier controversia a arbitraje.

Se debería pues, establecer por parte del legislador que en las materias tasadas como arbitrables el administrado podría presentar una solicitud de arbitraje que en todo caso, conllevará un deber de la Administración de aceptarlo<sup>594</sup>. De esta forma, como apunta LÓPEZ MENUDO, *“la voluntad de la Administración quedaría suplida por una voluntad dimanante directamente de la Ley que la Administración tendría que asumir como propio, como ocurre en cualquier potestad reglada; y una voluntad del interesado genuinamente libre”*<sup>595</sup>.

Por lo expuesto, no parece, por tanto, que en un arbitraje administrativo fuera necesaria la celebración de un convenio, por cuanto bastaría con el compromiso de las partes de someter el conflicto a arbitraje. Se podría concluir que existe acuerdo de voluntades cuando la Administración, obligada por el legislador, propusiese al administrado el recurso a la

---

<sup>594</sup> En este sentido, ESCARTIN ESCUDÉ, V., “El arbitraje y otros medios alternativos...”, cit., pp. 117-118, OLAVARRIA TÉLLEZ, A., “Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. Artículo 4º de la Ley 36/1988”, en *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público. IV jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003, pp. 346-347.

<sup>595</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, cit., p. 17.

institución arbitral, y este lo aceptara mediante la presentación de la solicitud de arbitraje<sup>596</sup>.

En todo caso, la solicitud de arbitraje deberá presentarse por escrito para que conste su presentación y su aceptación por parte de la Administración<sup>597</sup>. En esta nueva era de digitalización de las comunicaciones con la Administración, conviene plantearse la necesidad de que dicha solicitud de arbitraje y la posterior aceptación por parte de la Administración se lleven a cabo en soporte electrónico. En este sentido, destacamos que ya ha sido considerada viable la posibilidad de concluir un convenio arbitral *on line* o electrónico en los arbitrajes de Derecho privado<sup>598</sup>.

Ello no es óbice para que, en un futuro, si la institución arbitral consigue arraigarse en nuestra tradición *ius publicista*, alguna de las partes (Administración o administrado) pueda proponer a la otra la resolución de una controversia mediante arbitraje. Pero lo cierto es que, a la vista del estado actual de la cuestión, esta opción resulta cuanto menos utópica.

---

<sup>596</sup> Un sistema similar se regula en el artículo 76.5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>597</sup> Esta exigencia de que conste por escrito deriva de la propia obligación impuesta al convenio arbitral tanto en la LA (“*El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*”), como en la Ley Modelo UNCITRAL que refiere que se entenderá que el acuerdo es escrito: “*cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*”.

<sup>598</sup> Vid. MONTESINOS GARCÍA, A., “Algunas reflexiones sobre el Convenio arbitral”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje 2006*, Madrid, Ed. Cámara de Comercio, Industria y Navegación de España, 2006.

#### **4. Existencia de modelos administrativos que pudieran ayudar a la construcción de un modelo arbitral previo a la vía jurisdiccional**

El artículo 112.2 de LPAC establece que los recursos de alzada podrán ser sustituidos 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*”, y añade respecto de los recursos de reposición “*respetando su carácter potestativo para el interesado*”.

Lo anterior nos lleva a fijar nuestra atención en algunas figuras existentes en nuestro ordenamiento jurídico, basadas en la incorporación de un órgano administrativo independiente que resuelve o dictamina, con plena conformidad con los principios del procedimiento administrativo. No nos referimos aquí a aquellas otras figuras a las que ya nos hemos referido con anterioridad en este trabajo como las Juntas arbitrales de consumo o las Juntas arbitrales de transporte, que consideramos más asimilables a un arbitraje equivalente jurisdiccional, puesto que a pesar de tratarse de órganos adscritos a la Administración, los laudos dictados por estas producen efecto de cosa juzgada y únicamente cabe solicitar revisión de los mismos conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes.

Sí queremos, sin embargo, considerar en este momento aquellos modelos administrativos sectoriales que permiten inspirar una posible construcción de un modelo de arbitraje administrativo impropio, aunque ellos mismos no constituyen arbitrajes. Es decir, se trata de figuras existentes en nuestro ordenamiento, cuya experiencia pudiera servir para

conformar el modelo arbitral en sede administrativa. Son modelos de sistemas de resolución de controversias administrativas, que, sin ser arbitraje, pueden servirnos para plantearnos cómo sería ese posible modelo de arbitraje administrativo.

¿Y por qué buscar en sistemas administrativos, no arbitrales, posibles modelos para un sistema arbitral? Principalmente porque se trata de órganos administrativos, funcionalmente independientes, que, a pesar de la crisis de los recursos administrativos ordinarios, la experiencia de estos cauces administrativos es plenamente exitosa, y han logrado asentar en los administrados una conciencia de que realmente se lleva a cabo un control adecuado de la legalidad de la actuación administrativa. Esta afirmación podría emplearse para considerar la innecesaridad del arbitraje administrativo impropio, aun cuando su viabilidad mejoraría los cauces administrativos por dos razones, en primer lugar, porque abriría una puerta legal a esa posibilidad de ofrecer una solución jurídica arbitral administrativa además del cauce administrativo puro, lo que implicaría indudablemente una experiencia altamente enriquecedora en el marco de la tutela del administrado, amén de favorecer la agilidad de los cauces administrativos<sup>599</sup>.

---

<sup>599</sup> Téngase en cuenta que el borrador de Anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo del 2001 refería también a la existencia de estas y otras figuras en nuestro ordenamiento que pudieran servir de inspiración a la hora de conformar un posible modelo de arbitraje administrativo.

#### 4.1 Los Tribunales Económico-Administrativos

En materia tributaria existe la denominada “reclamación económico-administrativa”<sup>600</sup>, mediante la que se impugnan los actos de la Administración Tributaria ante órganos administrativos independientes<sup>601</sup> (los Tribunales Económico-Administrativos, tanto estatales como autonómicos o incluso municipales, en los municipios de gran población). Se trata de una especialidad del ámbito tributario en el que en sustitución del recurso de alzada, quien pretenda acudir a la vía judicial, debe plantear previamente una reclamación económico-administrativa (recurso administrativo especial)<sup>602</sup>. Su especialidad reside tanto en los órganos administrativos

---

<sup>600</sup> Vid. CHECA GONZÁLEZ, C., *Reclamaciones económico-administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 2017; REGO BLANCO, M.D. (Coord.), *Las reclamaciones económico-administrativas en materia de competencia de las Comunidades autónomas*, Pamplona, Aranzadi, 2011; ROCHA GARCÍA, E., *Práctica jurídica administrativa, económico-administrativa y contencioso-administrativa*, Granada, Comares, 1999, 3ª ed.

<sup>601</sup> Destaca entre otras, la STS de 22 de marzo de 2003 (LA LEY 56692/2003), a cuyo tenor: “Los llamados Tribunales Económicos Administrativos, el TEAC en concreto, no son Tribunales en el sentido de órganos jurisdiccionales a los que les resulte de aplicación la LOPJ, su naturaleza es la de órganos administrativos, no de gestión sino de resolución de reclamaciones (art. 90 de la Ley General Tributaria y 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); esto es, órganos especializados dentro de la propia Administración. Y la reclamación económico-administrativa es una vía específica para impugnar los actos, en este caso, de gestión recaudatoria de la Seguridad Social ante la propia Administración, que se erigía en vía previa de necesario agotamiento para acudir a la vía contencioso-administrativa.

*Por consiguiente, ni desde el punto de vista orgánico, pues se trata de órganos encuadrados en la Administración -aunque mantengan una cierta independencia respecto de los órganos de gestión- ni desde el punto de vista funcional -ya que no ejercen potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE)- puede considerarse a los Tribunales Económico-Administrativos como órganos judiciales, y, por tanto, no puede sostenerse la aplicación directa de normas orgánicas o procesales que regulan los requisitos subjetivos para la comparecencia en juicio, o, más concretamente la representación y defensa del Estado y de los demás entes públicos en los procesos judiciales”.*

<sup>602</sup> La obligatoriedad de esta vía previa para poder acudir a la Jurisdicción ha sido discutida por parte de la doctrina. Vid. MARTÍNEZ MICÓ, J.G., “La reclamación económico-administrativa y el previo recurso de reposición: vías específicas de impugnación de los actos tributarios: su configuración actual como presupuesto procesal”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 28, febrero 2012, pp. 107-118.



especiales que conocen de las mismas, como en el procedimiento administrativo específico bajo el que se tramitan. Es una vía *alternativa* a los recursos administrativos, indudablemente.

Los Tribunales Económico-Administrativos, a pesar de su denominación, no son órganos jurisdiccionales, sino administrativos. Se integran en el Ministerio de Hacienda y Función Pública, pero cuentan con independencia funcional y aunque conocen de las reclamaciones económico-administrativas, están claramente separados de los órganos encargados de la aplicación de los tributos e imposición de sanciones, como por ejemplo, la Agencia Tributaria<sup>603</sup>. Esta independencia funcional en el ejercicio de sus competencias viene reconocida en el artículo 228.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

La estructura de los Tribunales Económico-Administrativos es la siguiente: (i) un Tribunal Económico-Administrativo Central; (ii) 17 Tribunales Económico-Administrativos Regionales; (iii) dos Tribunales Económico-Administrativos Locales (en Ceuta y en Melilla); (iv) 5 salas desconcentradas, que tienen competencia en un ámbito territorial menor<sup>604</sup>; (v) 28 dependencias provinciales y 4 dependencias locales. Adicionalmente, cuenta también con la denominada Sala Especial para la

---

<sup>603</sup> A mayor abundamiento, con la entrada en vigor de la Ley General Tributario el Ministro de Hacienda perdió la consideración de órgano económico-administrativo, debido a su incompatibilidad con el principio de independencia funcional de los tribunales económico-administrativos. DE DIEGO RUIZ, R. (Coord.), *Guía recursos y reclamaciones tributarias*, Madrid, Wolters Kluwer, 2006, p.107.

<sup>604</sup> (i) Sala Desconcentrada de Granada, dentro del TEAR de Andalucía, con competencia sobre las provincias de Almería, Granada y Jaén; (ii) Sala Desconcentrada de Málaga, dentro del TEAR de Andalucía, con competencia sobre la provincia de Málaga; (iii) Sala Desconcentrada de Santa Cruz de Tenerife, dentro del TEAR de Canarias, con competencia sobre la provincia de Santa Cruz de Tenerife; (iv) Sala Desconcentrada de Burgos, dentro del TEAR de Castilla y León, con competencia sobre las provincias de Ávila, Burgos, Segovia y Soria; (v) Sala Desconcentrada de Alicante, dentro del TEAR de la Comunidad Valenciana, con competencia sobre la provincia de Alicante.

Unificación de la Doctrina, que resuelve el recurso extraordinario para la unificación de la doctrina.

La competencia entre los distintos Tribunales Económico-Administrativos se reparte según criterios establecidos en la propia Ley General Tributaria, pero no se basa tanto en la Administración que emitió el acto, sino en qué Administración es competente para resolver.

Por lo que respecta a su composición, todos los Tribunales Económico-Administrativos se componen de funcionarios, pero actúan con objetividad y suponen un filtro importante de legalidad de las resoluciones administrativas. Se trata de un órgano especializado, independiente del órgano que dictó el acto recurrido, y con un coste no demasiado elevado para las arcas públicas.

La regla general es que las reclamaciones económico-administrativas se resuelven por un órgano colegiado, pero con la aprobación de la Ley General Tribunal del año 2003 se introdujo la figura de los órganos unipersonales para conocer con plazos más cortos, de determinadas materias y cuantías<sup>605</sup>.

En términos de eficacia, los Tribunales Económico-Administrativos suponen un importante filtro de legalidad. Conforme a los datos que figuran en la Memoria de los Tribunales Económico-Administrativos publicada para el año 2015, de 195.749 reclamaciones que fueron resueltas ese año por los Tribunales Económico-Administrativos 82.194 fueron estimadas, esto supone casi un 42%. Se trata de una cifra de estimaciones muy elevada.

---

<sup>605</sup> Reclamaciones de cuantía inferior a 6.000 euros o 72.000 euros si se trata de reclamaciones contra bases o valoraciones (artículo 64 Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria).

Se puede considerar, por tanto, que el modelo de los Tribunales Económico-Administrativos está funcionando adecuadamente a día de hoy. Por una parte, los ciudadanos tienen una verdadera conciencia de que estos órganos suponen un filtro de legalidad fiable, a pesar de su consideración de órganos administrativos, pero sus cifras demuestran una verdadera independencia. Por otra parte, cumplen adecuadamente la función de filtro de la vía administrativa, disuadiendo o evitando en muchos casos la necesidad de una posterior vía jurisdiccional.

El procedimiento se regula en la Ley General Tributaria y el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa.

El plazo para presentar la reclamación es de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto o resolución, y en caso de silencio administrativo desde el día siguiente a aquél en que produzca sus efectos. El plazo general para resolver es de un año, aunque se reduce a seis meses en el caso de los procedimientos abreviados (los que se sustancian ante un órgano unipersonal).

La resolución que se dicte será susceptible de recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente de conformidad con el artículo 249 de la Ley General Tributaria.

Así las cosas, estaríamos ante un modelo alternativo a la vía administrativa tradicional, que implica a la misma Administración en cuanto el órgano es propiamente Administración, aunque con independencia funcional, con un procedimiento no complejo, que está bien considerado en el seno de la tutela de los administrados, y que deja abierta la posibilidad a

la tutela judicial efectiva a través del recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Evidentemente, es un modelo que se diseñó para una materia específica y en un entorno concreto, empero ofrece interesantes componentes que, cuanto menos, podrían servirnos para el diseño de ese arbitraje administrativo impropio al que nos venimos refiriendo.

#### **4.2 El Consell Tributari de Barcelona**

El Consell Tributari de Barcelona es el órgano de asesoramiento y control del Ayuntamiento de Barcelona especializado en materia de gestión, recaudación e inspección de los ingresos de Derecho público. Fue creado por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona el 4 de diciembre de 1987 y de forma definitiva instaurado el 2 de marzo de 1988<sup>606</sup>. El motivo de su creación es la desaparición de las reclamaciones económico-administrativas en el ámbito local, como mecanismo de impugnación de los actos de la Administración tributaria local<sup>607</sup>.

Su regulación se contiene en la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se aprueba el régimen especial del municipio de Barcelona; en su Reglamento orgánico, de 29 de junio de 2012<sup>608</sup>, y en los artículos 110 y 192 a 194 de la vigente Ordenanza fiscal general del Ayuntamiento. Así, el artículo 47 de la Ley 1/2006 recoge las funciones del Consell Tributari que son las siguientes: (i) dictaminar las propuestas de resolución de recursos interpuestos contra actos de aplicación de los tributos, precios públicos u

---

<sup>606</sup> Boletín Oficial de la Provincial de 6 de mayo de 1988

<sup>607</sup> AGULLÓ AGÜERO, A., “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona y la resolución de recursos municipales”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *La Justicia Tributaria y el Defensor del Contribuyente en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 94.

<sup>608</sup> Boletín Oficial de la Provincia de 17 de julio de 2012

otros ingresos de derecho público de la Hacienda municipal, es decir, no resuelve estos recursos, sino que dictamina sobre los mismos; (ii) informar, con carácter previo a su aprobación provisional, las Ordenanzas reguladoras de los ingresos de derecho público; (iii) atender las quejas y sugerencias que presenten los contribuyentes sobre el conjunto de la actividad tributaria municipal; (iv) elaborar estudios y propuestas en materia tributaria, cuando se solicite por los órganos municipales competentes. El Consell puede, además, regular la posibilidad de sustituir la propuesta de resolución del recurso de alzada por procedimientos de conciliación o mediación, cuando se trate de impugnaciones de bases impositivas de los tributos locales.

En relación con la facultad de dictaminar sobre los recursos, el Consell debe hacerlo en el plazo de seis meses, y en caso de no hacerlo en dicho plazo, se entenderá que el informe es favorable a la propuesta de resolución. El Consell recibe a la vez el recurso del ciudadano y la propuesta de la Administración y preparada una propuesta de resolución que no es vinculante, pero sí decisoria<sup>609</sup>.

Se trata de un órgano administrativo, adscrito al Área de Finanzas del Ayuntamiento y por ende, dependiente del Ayuntamiento, pero que actúa de manera independiente<sup>610</sup>. Se compone por entre tres y nueve miembros, designados por Decreto de Alcaldía, entre personas de reconocida competencia técnica en la materia, oídos los distintos grupos

---

<sup>609</sup> AGULLÓ AGÜERO, A., “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona y la resolución de recursos municipales”, cit., p. 100.

<sup>610</sup> El artículo 2 de su Reglamento Orgánico establece que “*El Consell Tributari te com a finalitat garantir la resolució imparcial i ajustada a dret dels recursos interposats pels ciutadans i ciutadanes i les entitats en assumptes de la seva competència, així com assessorar els òrgans de l’Ajuntament de Barcelona en matèria d’ingressos de dret públic.*”

municipales y dándose cuenta al Consejo Municipal. El mandato de los miembros es de cuatro años, renovable por otros cuatro.

Para TORNOS MAS, el Consell Tributari recuerda en cierto modo al Consejo de Estado francés, puesto que nace como órgano de Justicia retenida, para asesorar y controlar a la Administración, como respuesta a la supresión del recurso económico-administrativo en el ámbito local<sup>611</sup>.

El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona representa, por tanto, la posibilidad de que un recurso administrativo resuelto por la propia Administración requiera de un dictamen previo preceptivo, pero no vinculante, de un órgano especializado e independiente. Su especialidad reside en que es el primer caso en Derecho tributario local español de instauración de un órgano cualificado e independiente en los procedimientos administrativos. Y lo cierto es que su experiencia es muy positiva: Durante el año 2015 tramitó 530 expedientes, de los cuales 62 fueron estimados íntegramente, 56 fueron estimados en parte, y 364 desestimados<sup>612 613</sup>.

Ahora bien, aun cuando el órgano y su funcionalidad se presenten desde parámetros de eficacia y eficiencia en el sector tributario, el modelo no resulta extrapolable al arbitraje administrativo que nos ocupa, puesto que las resoluciones de este órgano independiente no ponen fin a la vía administrativa. Además, requeriría de un importante esfuerzo presupuestario y organizativo puesto que duplica los órganos administrativos

---

<sup>611</sup> Vid. TORNOS MAS, J., “El “Consell Tributari” del Ayuntamiento de Barcelona”, *Documentación administrativa*, núm. 220, 1989, pp. 207-228.

<sup>612</sup> Memoria del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona correspondiente al año 2015. <http://estatic.bcn.cat/ConsellTributari/Continguts/Documents/Fitxers/MemoriaAny2015.pdf>

<sup>613</sup> El grado de divergencia entre lo resuelto por el Ayuntamiento de Barcelona, con apoyo del Consell Tributari, y una posterior decisión judicial es de apenas un 1,5%, como establece AGULLÓ AGÜERO, A., “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona y la resolución de recursos municipales”, cit., p. 102.

necesarios para resolver un determinado recurso administrativo. Sin embargo, la doctrina ha venido entendiendo que la figura del Consell Tributari es una figura próxima al arbitraje, sin llegar a serlo, que se ha configurado “*adaptándose a las limitaciones legales propias del ámbito tributario local del momento*”<sup>614</sup>.

Con todo ello, consideramos que algunas características orgánicas de esta institución sí pudieran servir a la hora de construir un modelo de arbitraje administrativo.

### **4.3 Tribunales de recursos contractuales**

Además del sector de la conflictividad tributaria podemos igualmente referirnos brevemente a la figura de los Tribunales especiales de recursos contractuales.

En efecto, en materia de contratos, destaca el denominado recurso especial en materia de contratación, recurso potestativo previo a la interposición del contencioso-administrativo, para una serie de actos recogidos en el artículo 40.1 del TRLCSP<sup>615</sup>.

La Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso

---

<sup>614</sup> TEN PUJOL, A., “Una aproximación al arbitraje tributario”, en PONT MESTRES, M., PONT CLEMENTE, J. (Coords.), *Alternativas convencionales en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p.356. En el mismo sentido, AGULLÓ AGÜERO, A., “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona y la resolución de recursos municipales”, cit., p. 99.

<sup>615</sup> Téngase en cuenta que el Proyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público aprobado en octubre de 2017, una vez cerrado el texto de este trabajo, incorpora modificaciones a la figura del recurso especial en materia de contratación.

en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, así como la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones introdujeron los procedimientos de recurso en materia de contratos administrativos. Así, la Directiva 89/665/CEE puso de relieve en su Exposición de motivos que *“los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como comunitario, no permiten velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”*. Así, se partía de la consideración de que la inexistencia de medios de recurso en materia de contratación administrativa tenía un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias.

Sin embargo, la regulación del recurso especial no sería incorporada al ordenamiento español hasta la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó la entonces Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>616</sup>. En su Preámbulo, la Ley 34/2010 fijaba como objetivo *“reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz”*. Y lo cierto es que desde 2010 hasta

---

<sup>616</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 (asunto C-214/00) subrayó el incumplimiento de España de trasposición de las mencionadas Directivas.



ahora el número de recursos interpuestos va *in crescendo* debido a la confianza que este mecanismo está generando en los posibles recurrentes<sup>617</sup>.

Para conocer de estos recursos se crearon los Tribunales especiales de recursos contractuales (del Estado<sup>618</sup>, de las Comunidades Autónomas e incluso de entidades locales). Igual que en el caso de los Tribunales Económico-Administrativos, los tribunales especiales de Recursos contractuales no son órganos jurisdiccionales, a pesar del empleo del término “tribunal”, sino órganos administrativos adscritos al Ministerio de Economía y Hacienda, lo que indudablemente los sitúa en el marco de la Administración.

Se trata de órganos especializados que actúan con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, aunque están adscritos a la propia Administración, por lo que mantienen una dependencia orgánica administrativa. Están formados por un mínimo de dos vocales, todos ellos funcionarios de carrera, nombrados por un periodo de seis años, sin posibilidad de prórroga. Igual que sucede en sede de los Tribunales Económico-Administrativos, existen normas de reparto de competencias en función del acto recurrido y de su procedencia, contenidas en el artículo 41 de la Ley de Contratos del Sector Público, lo que ratifica esa estrecha vinculación estructural administrativa:

- a) El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conoce de los actos de la Administración General del Estado y de

---

<sup>617</sup> VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, en LÓPEZ RAMON, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 308-310.

<sup>618</sup> Vid. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J.J., “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 288, septiembre-diciembre 2010.

los actos competencia del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas. Los tribunales territoriales tienen competencia sobre contratos de la Administración Territorial del Estado y organismos o entidades que operen en todo o parte de la comunidad de radicación.

b) Por lo que respecta a las comunidades autónomas, se prevé la creación de un órgano independiente. Pero las comunidades pueden decidir atribuir la competencia para la resolución de estos recursos al Tribunal estatal, mediante convenio de colaboración.

c) Finalmente, en las corporaciones locales, la competencia para conocer de estos recursos se establecerá mediante normas autonómicas cuando tengan prevista esta competencia normativa. En su defecto, la competencia corresponde al mismo órgano que el autonómico.

El procedimiento se regula tanto en los artículos 40 a 49 de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación es de quince días desde el día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado. Y una vez finalizada la tramitación y recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación y el de la prueba, el órgano resolverá en un plazo de cinco días. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución dictada es de dos meses, contados desde el día siguiente al de la interposición.

Pasado dicho plazo, el recurso se entenderá desestimado por silencio negativo. Contra la resolución dictada cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

Destacamos el mayor valor y la presunción de legalidad y acierto de una actuación administrativa validada por un tribunal especial de contratación. En este sentido, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 2013 afirmó en relación con las resoluciones de estos órganos administrativos que se trata de *“una resolución cuya ejecutividad ampara en ese caso no solo la genérica presunción de legalidad de toda la actuación administrativa, sino la muy específica de provenir de un órgano de la Administración cuya imparcialidad, como nota constitutiva del mismo, queda consagrada no solo en la normativa autonómica o estatal, sino por la Comunidad europea; de forma que ningún otra interés público se podría anteponer al ligado a esta presunción de imparcialidad sin cuya garantía la contratación de ámbito comunitario sería insostenible y comportaría a los Estatutos incumplidores muy graves consecuencias, obviamente también económicas, al Reino de España en su calidad de Estado miembro”*.

Según la Memoria de actividades del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales correspondiente al año 2016, se resolvieron un total de 1.206 recursos hasta el 1 de febrero de 2017, de los cuales más del 25% fueron estimados totalmente (204 recursos) o parcialmente (106 recursos). Se desestimaron 505 recursos y no se admitieron otros 362. Por tanto, se trata de una vía que permite evitar un gran número de procedimientos contencioso-administrativo, aunque hay que tener en cuenta que a diferencia de lo que ocurre en materia tributaria no existe un número tan elevado de controversias relativas a contratación administrativa. Y es que,

además, el ámbito objetivo de aplicación de este recurso en materia de contratación es muy reducido, siendo que en nuestro país esencialmente se recurre al mismo para impugnar actuaciones precontractuales de ciertos contratos, que no de todos. Únicamente cabe recurso especial en aquellos contratos del artículo 40.1 del TRLCSP.

Conviene destacar la rapidez en la resolución de estos recursos, así como el bajo porcentaje de resoluciones por estos órganos impugnadas en el contencioso (3-13%), principales elementos de fortaleza<sup>619</sup>. Con todo ello, y debido al limitado ámbito de aplicación de este recurso, surgen inconvenientes procesales derivados de la dualidad de regímenes.

Estos tres ejemplos expuestos muestran que es posible lograr un modelo de órgano administrativo independiente que revise la actuación administrativa de manera adecuada, y que sirva de verdadera garantía para el administrado. Es decir, nos permite considerar que, amén de la vía administrativa ordinaria, existen en el ordenamiento jurídico español cauces o medios que permiten generar una suerte de alternatividad que puede ser complementariedad en ciertos casos, pero que indudablemente favorece la existencia de otros medios que no son los recursos administrativos ordinarios. Su existencia, al menos, nos permite justificar la posible creación de “otros” cauces, sabedores de que, justificada su existencia, habrá que proceder a diseñar quién, cómo y cuándo serán factible estas otras vías.

---

<sup>619</sup> VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, cit., pp. 312-315.

## **5. Particularidades del arbitraje administrativo, alternativa a la vía administrativa**

### **5.1 Órgano arbitral**

El ya mencionado *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa* que se elaboró en el año 2013 propuso facilitar la extensión de los órganos administrativos independientes para la resolución de los recursos administrativos, a través de la creación de las “*comisiones administrativas independientes*” para garantizar “*la efectiva aplicación del sistema de control administrativo independiente a las distintas Administraciones Públicas*”. Es este órgano administrativo independiente quién resolvería los recursos administrativos. Se proponía así la incorporación de un nuevo apartado dentro del antiguo artículo 107 de la LRJPAC que estableciera las reglas organizativas y procedimientos básicos para hacer posible que un recurso administrativo pueda ser efectivamente resuelto por un órgano administrativo independiente.

Y fruto de esta propuesta, lo más conveniente sería establecer el carácter colegiado del órgano administrativo independiente, previendo la posible incorporación de expertos externos a la Administración, como garantía de independencia de dicho órgano. Esta propuesta se presentaba como novedosa y podía haber ofrecido un modelo interesante que abriera un nuevo cauce en la solución de los conflictos administrativos, si bien no fue tomada en cuenta por el legislador español en la nueva LPAC aprobada en el año 2015, en la que, lejos de novedades, se vino a reproducir íntegramente la regulación de estos recursos administrativos contenida en la LRJPAC. Es por ello que no el legislador español de 2015 no ha aportado novedades al respecto.

Así las cosas y en atención a las experiencias que hemos ido incorporando, tendremos que delimitar cuáles serían las características que debería presentar el órgano arbitral administrativo, integración del mismo, sujetos que lo integran, principios de su configuración y de su función, garantías de su actuación, entre otras.

1.- En primer lugar, cabría plantearse si el órgano arbitral debiera ser permanente o bien un órgano arbitral ad hoc, conformado para conocer de una determinada controversia. Descartando *a priori* por esencia y naturaleza de este modelo arbitral la designación de los árbitros por las partes de manera similar a un arbitraje de naturaleza privada, y atendiendo a la experiencia en materia tributaria y a la propia de contratación, consideramos que sería más adecuado considerar la figura de un órgano permanente. La permanencia atribuye a su actuación, siquiera fuere aparentemente, mayores dosis de estabilidad al modelo, mayor rapidez, ya que no hay que conformar un órgano para cada arbitraje, y una mayor percepción por parte de los administrados de una suerte de predecibilidad de las decisiones que se adopten. Ahora bien, órgano permanente no excluye la posible integración de diversos árbitros. Antes al contrario, a nuestro parecer, debiera componerse de una división por secciones según las ramas de actividad y con una pluralidad de órganos arbitrales con competencias territoriales descentralizadas<sup>620</sup>. No debe olvidarse además que, como ya hemos referido, el artículo 112 de la LPAC refiere a la aplicación de “*estos procedimientos*” (entre otros, el arbitraje a la Administración Local.

---

<sup>620</sup> CANAL MUÑOZ, J., IBAÑEZ BUIL, P., “El arbitraje en el Derecho administrativo”, *Actualidad Administrativa*, Sección Doctrina, 2000, Re. XXIV, p. 13.

Podría considerarse recurrir a un modelo similar al de las Juntas Arbitrales de consumo<sup>621</sup>, con un órgano arbitral nacional, órganos arbitrales autonómicos y con posibilidad de preverse la constitución de delegaciones territoriales a nivel de provincias o mancomunidades<sup>622</sup>. Se otorga por tanto, un especial protagonismo a la Administración, a quien corresponde la creación de las distintas Juntas<sup>623</sup>.

En este sentido, piénsese en la competencia para resolver los recursos administrativos (superior jerárquico, en caso de la alzada, y el mismo que dictó el acto administrativo, en caso de la reposición). Los recursos administrativos tienen por tanto en cuenta, la Administración Pública implicada, y así debiera funcionar también en el caso del arbitraje alternativo a esta vía administrativa. Debiera existir, por tanto, un órgano arbitral que resolviera a cada nivel.

El sistema de reparto competencial entre las Juntas arbitrales de consumo no sería adecuado para el arbitraje administrativo, ya que se entiende que es competente para conocer de una solicitud de arbitraje la Junta arbitral de consumo “*a la que ambas partes, de común acuerdo, sometan la resolución del conflicto*”<sup>624</sup> y en defecto de acuerdo, rige el *forum domicilii* del consumidor. Cabría pensar para el arbitraje administrativo en un reparto competencial más semejable al de los Tribunales económico-administrativos, basado en la sede del órgano que hubiera dictado el acto

---

<sup>621</sup> Artículo 5 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

<sup>622</sup> Pueden verse las distintas Juntas arbitrales de consumo en [http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/ampliacion/Juntas\\_Arbitrales/juntas\\_arbitrales.htm](http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/ampliacion/Juntas_Arbitrales/juntas_arbitrales.htm)

<sup>623</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, cit., p. 128.

<sup>624</sup> Artículo 8 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

objeto de reclamación, criterio adoptado también en el borrador de Anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo del 2001.

2.- La segunda cuestión sería determinar si ese órgano permanente debe ser unipersonal o colegiado. Nos parece más adecuado que el órgano arbitral sea colegiado, en cuanto garantiza mejor la imparcialidad al representar el contraste de varias voluntades.

3.- En tercer lugar, en relación con la composición del órgano arbitral administrativo permanente colegiado, consideramos que estos órganos pueden ser puramente administrativos, integrados únicamente por funcionarios, o mixtos, integrando miembros que no son funcionarios (técnicos, expertos, etc.)<sup>625</sup>. En el caso del arbitraje administrativo, nos parece más conveniente que sea un órgano mixto que no integrara únicamente funcionarios, sino también árbitros no funcionarios, expertos en una determinada materia. De esta manera se salvarían las posibles reticencias que pudieran plantearse si el órgano se integrare solo con funcionarios, al presentar una decisión plural vista por expertos en el sector, arrojando una solución más adecuada a la pluralidad de intereses que pudieran concurrir en el asunto planteado. Y en la integración del tribunal arbitral parece muy conveniente que el Presidente del Tribunal arbitral administrativo sea evidentemente

---

<sup>625</sup> Artículo 15.2 Ley 40/2015: “2. Los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.

*Los órganos colegiados a que se refiere este apartado quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.”*



un funcionario de carrera. La experiencia en el sistema arbitral de consumo nos permite considerar que se trata de un buen modelo arbitral.

La integración mixta del órgano con funcionarios y no funcionarios daría entrada a la posible incorporación en el mismo como vocales a expertos, profesores de universidad, profesionales técnicos, etc. de reconocido prestigio en una materia concreta. Todos ellos en número impar, para evitar situaciones de empate en la toma de decisiones.

4.- En cuarto lugar, es importante que se establezcan los principios de actuación de los miembros que componen el tribunal arbitral administrativo. Si es un órgano que tendría o podría tener una dependencia orgánica (cuestión que en todo caso no es del todo pacífica), sí que actuarían bajo los principios de independencia funcional y de imparcialidad. El hecho de integrar un Tribunal arbitral mixto, con vocales externos a la Administración, permite aportar mayores dosis de garantía de independencia inevitablemente, siendo ésta una independencia funcional por cuanto el ejercicio de su función decisora arbitral no vendría determinada por parámetros jerárquicamente establecidos. Y obviamente, la independencia encuentra su complemento en la necesidad de que en su actuación los integrantes del órgano arbitral administrativo actúen desde parámetros de imparcialidad objetiva y subjetiva.

No se trata, tan solo, de un mero reconocimiento formal de principios de actuación de este tribunal arbitral, sino de la necesidad de consagrar los medios existentes para garantizar estos principios. Es por ello que se les entenderían aplicables las reglas de abstención y recusación recogidas en las leyes de procedimiento administrativo y en concreto, en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En virtud del citado artículo 23, son motivos de abstención: (i) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado; (ii) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato; (iii) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior; (iv) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate; (v) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar. En cualquiera de estos casos, el Presidente del Tribunal arbitral en cuestión podrá solicitar a la persona afectada que se abstenga de intervenir en un determinado expediente. Es, en consecuencia, la vía que permite que sea el mismo integrante del tribunal arbitral el que tome la iniciativa por la concurrencia de alguna de las causas que pudieren dar lugar a la parcialidad del árbitro.

Si el árbitro no se abstuviere pudiendo concurrir alguno de los motivos establecidos, entraría en juego la posible recusación. La recusación se planteará por escrito al Presidente del Tribunal arbitral en cuestión en el que se expresará la causa o causas en que se funda. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, si el Presidente aprecia la concurrencia de la causa de recusación,

acordará su sustitución acto seguido. Si, por el contrario, el recusado niega la causa de recusación, el Presidente del Tribunal resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos. Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso.

En todo caso, más allá de la aplicación de los principios de imparcialidad e independencia, entraría en juego la posible exigencia de responsabilidad por el desempeño de su función, siendo aquí diversa la modalidad de responsabilidad exigible, dado que la responsabilidad exigible a un funcionario de la administración se rige por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, mientras que cuando se trata de un profesional o un académico, adicionalmente de la posible responsabilidad civil que pudiere derivarse por el mal ejercicio de su función, cabría igualmente considerar una posible responsabilidad disciplinaria (a título de ejemplo, a través de la entidad o corporación profesional en la que se encontrare).

## **5.2 Partes**

En la conformación del modelo arbitral, junto al tribunal arbitral competente habrá que considerar igualmente los otros sujetos del proceso, especialmente las partes.

1.- En primer lugar, deberemos considerar, por ello, quiénes son partes en este procedimiento arbitral administrativo. Al respecto, debe considerarse como tal el órgano que dictó el acto administrativo recurrido y el interesado. Si bien la consideración del órgano que dictó el acto administrativo que se recurre no plantea problema alguno, sí que se suscita la cuestión de quién es el interesado. Debe considerarse que lo será el destinatario, persona física o

jurídica, pública o privada, en cuya esfera jurídica incidirá el acto que ponga fin al procedimiento<sup>626</sup>.

Es el artículo 4.1 de la LPAC el que nos permite configuración quién puede ser considerado interesado, a saber: (i) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, (ii) los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, (iii) aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Atendido este precepto podemos considerar que tanto en el primer supuesto como en el segundo el administrado tiene esa condición de interesado per se, sin que se haga necesaria la adopción por el particular de ninguna iniciativa. Por su parte, en el primer supuesto, el administrado ostenta un derecho o interés legítimo en el procedimiento y ostenta la condición de interesado al promoverlo. Finalmente, en el tercer supuesto, el administrado no tiene derechos, sino meramente un interés legítimo individual o colectivo y únicamente se le considerará interesado si se persona en el procedimiento antes de que recaiga resolución definitiva.

2.- En segundo lugar, y dado los elementos que permiten configurar la condición del mismo a los efectos que nos ocupan, debemos evidenciar que en el precepto se hace referencia no solo a quiénes tienen derecho, sino también a quienes tienen “interés”; un concepto que fue objeto de un interesante debate doctrinal y jurisprudencial en aras de su delimitación. Hay que apuntar

---

<sup>626</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo General. II*, cit., p. 43.

que fue en sede contencioso-administrativa en la que se desarrolló este concepto, alcanzando posteriormente a otras áreas, como la procesal civil, e incorporándose en la LEC del año 2000.

En este sentido, nos parece interesante clarificar qué deba entenderse por “interés legítimo”. Para ello es necesario hacer referencia al paso trascendental que supuso el reconocimiento constitucional del derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los intereses legítimos, a partir del cual en la década de los años ochenta el Tribunal Constitucional distinguió el concepto de interés legítimo respecto de interés directo. Es por ello que entre otras, las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 60/1982, de 11 de octubre<sup>627</sup>, 62/1983, de 11 de julio<sup>628</sup> y 24/1987, de 25 de febrero<sup>629</sup> venían a consolidar una doctrina desde la que se asentaba esta idea de “interés legítimo”, que permitía en sede administrativa conformar la legitimación para recurrir por parte de quienes fueren titulares de un interés legítimo, y no necesariamente concurriendo un interés directo, siendo obviamente el primero mucho más amplio que el segundo<sup>630</sup>.

El interés legítimo otorga la posibilidad de concurrir cualquier ventaja o utilidad jurídica propia, cualificada y específica<sup>631</sup>; ahora bien, se requiere que ese interés derive directa o indirectamente de una norma jurídica<sup>632</sup>. Ese interés legítimo, individual o colectivo, debe ser personal, o lo que es lo mismo, que vaya más allá de la defensa de la legalidad, dado que en caso

---

<sup>627</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/102>

<sup>628</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/190>

<sup>629</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/756>

<sup>630</sup> GONZÁLEZ CANO, M. I., *Protección de intereses legítimos en el proceso administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 41.

<sup>631</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 97/1991, de 9 de mayo (ECLI:ES:TC:1991:126)

<sup>632</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:1990:93)

contrario se aproximaría más a la acción popular<sup>633</sup> o pública<sup>634</sup>. En cualquier caso se ha ido produciendo lo que GONZÁLEZ-VARAS<sup>635</sup> ha considerado en la doctrina como la concurrencia de dos factores: por un lado, una progresiva tendencia a subjetivizar el ámbito administrativo favoreciendo el interés del actor, amén de extender su significado más allá de los intereses simples, o lo que en el sistema alemán se ha venido a considerar como la necesidad de fomentar la protección judicial de intereses jurídicamente relevantes, intereses que el ordenamiento jurídico considera en su caso, dignos de amparo jurídico

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ definen “intereses legítimos” en un sentido amplio, excluyendo únicamente los denominados “intereses simples”, es decir, el mero interés del ciudadano en la observancia de la legalidad. Conecta además, el concepto de interés con el de perjuicio, considerando que “*el interés se reputa existente siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones naturales y legales de conseguir un determinado beneficio “material o jurídico o, incluso, de índole moral” (S. de 8 octubre de 1973), sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo*”<sup>636</sup>.

---

<sup>633</sup> Así también lo concibe BARNÉS VÁZQUEZ, J., “La tutela efectiva en la *Grundgesetz* (art. 19.IV)” en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, 1993, p. 143.

<sup>634</sup> GONZÁLEZ CANO, M. I., *Protección de intereses legítimos en el proceso administrativo*, cit., p. 46.

<sup>635</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 123-125.

<sup>636</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo. II*, cit., p. 501.

Por su parte, ORTEGA<sup>637</sup> vino a defender la línea expansiva que el mismo Tribunal Supremo había consolidado al tratar de integrar en un concepto amplio de legitimación activa (aun cuando referido al proceso contencioso-administrativo pero es perfectamente extensible en cuanto a su significado), estableciendo las notas que permiten definir el interés para recurrir administrativamente, tales como la insuficiencia del simple interés en la legalidad, el binomio perjuicio-beneficio o la inclusión de los intereses económicos y morales dentro de este concepto.

Por su parte, para PAREJO ALFONSO<sup>638</sup> lo importante es la existencia de condiciones de tutela del destinatario de la acción administrativa, tanto cuando se trate de situaciones típicas (derechos subjetivos) como atípicas (intereses), que derivan de la incidencia lesiva de la actuación administrativa en el círculo del propio ciudadano.

Es por ello que el concepto de interesado que se convertiría en parte en el procedimiento arbitral alternativo a la vía administrativa se identificaría con el concepto de interesado del mismo procedimiento administrativo, pudiendo serlo tanto persona física como jurídica, pública o privada, en cuya esfera jurídica –afectando a derechos o intereses– incidirá el acto administrativo.

3.- En tercer lugar, cabría plantear si las partes interesadas o administradas pueden actuar por sí mismas o necesitan un representante debidamente

---

<sup>637</sup> ORTEGA ALVÁREZ, L., “La inmediatividad del interés directo en la legislación contencioso-administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 1977, p. 213.

<sup>638</sup> PAREJO ALFONSO, L., “Los derechos subjetivos y los intereses legítimos”, en *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del TS* (con Santamaría Pastor), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, pp. 143-145.

acreditado. En tal sentido, entendemos que las partes podrán actuar por medio de representante debidamente acreditado, pero no es una exigencia en el procedimiento administrativo, sino una opción de la que disponen las partes. Esta situación facilitaría que el interesado afectado por el acto administrativo pudiera intervenir de forma sencilla, sin gastos derivados de la intervención de letrado, especialmente cuando la cuestión fuere de poca complejidad. Y esto podría favorecerse especialmente si se configurase un procedimiento arbitral on line, que permitiera en el marco del expediente arbitral administrativo trabajar con formularios o escritos preestablecidos en línea, que facilitarían la redacción y los contenidos de cada una de las actuaciones de parte.

Por lo que a la Administración se refiere, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas prevé la intervención de los Abogados del Estado en procedimientos arbitrales y otras reclamaciones extrajudiciales nacionales o internacionales, para representar al Estado, sus organismos autónomas, entidades públicas dependientes de ellos y órganos constitucionales, previa autorización del titular del departamento, organismo público correspondiente, y con informe de la Dirección del Servicio Jurídico de Estado.

### ***5.3 Procedimiento arbitral***

El tercer componente esencial en el desarrollo de un modelo arbitral, más allá de qué materias pueden someterse a arbitraje y quién puede ser parte en un arbitraje administrativo es el procedimiento arbitral o, si se quiere, cómo desarrollar ese arbitraje desde el punto de vista de la esencia de la tutela efectiva y de los componentes actuariales y formales del



mismo. Es por ello que vamos a referirnos de manera sucinta a determinadas cuestiones del mismo que deberán tomarse en consideración a la hora de generar un modelo de procedimiento arbitral, siempre desde las coordenadas legales, dado que, como indica la propia LPAC, deberá regirse según los principios, garantías y plazos del procedimiento administrativo. Estos componentes legales son los que nos marcan las pautas en su desarrollo.

### 5.3.1 Principios

El desarrollo de los principios del arbitraje administrativo alternativo al recurso administrativo cuenta con la LPAC, que, al igual que hicieran en su día las Leyes de 1958 y 1992, no contempla un esquema completo del procedimiento administrativo, tal y como haría una norma procesal, sino que aborda el desarrollo del procedimiento fijando principios, directivas, técnicas y trámites para los expedientes<sup>639</sup>.

Los principios generales que rigen el procedimiento administrativo son los de oficialidad, contradicción, economía y celeridad, transparencia y gratuidad<sup>640</sup>. Sin embargo, no todos ellos resultan directamente extrapolables a un posible procedimiento arbitral, en el que quién decide no es la Administración, sino un órgano administrativo independiente. Es por ello que, desde su inspiración indudable, vamos a abordarlos para su modulación y aplicación *sui generis* al procedimiento arbitral.

---

<sup>639</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo General. II*, cit., p. 54.

<sup>640</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo. II*, cit., p. 488.

a) Principio de oficialidad

La LPAC contiene mandatos tales como que “*los procedimientos podrán iniciarse de oficio a solicitud del interesado*”<sup>641</sup> o que “*los titulares de unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviese a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación del procedimiento*”<sup>642</sup>.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ se refieren a este principio en los siguientes términos: “*la impulsión de oficio, que responde a las exigencias propias del interés público que el procedimiento administrativo pone en juego, da a éste un acusado carácter inquisitorial: la Administración, gestora del interés público, está obligada a desplegar por sí misma, ex officio, toda la actividad que sea necesaria para dar adecuada satisfacción a ese interés, sea cual sea la actitud, activa o pasiva, que puedan adoptar los particulares que hayan comparecido en el procedimiento (...)*”.

Sin embargo, si bien este principio de oficialidad es esencial del procedimiento administrativo, no podría aplicarse al arbitraje administrativo que aquí defendemos, por cuanto que no sería la propia Administración quién resolvería sino un órgano administrativo funcionalmente independiente. Si se sostuviera el mismo, no estaríamos ante un arbitraje sino ante

---

<sup>641</sup> Artículo 54 de la LPAC

<sup>642</sup> Artículo 20.1 de la LPAC

una de las modalidades pseudoarbitrales que más se definirían como procedimiento administrativo que como procedimiento arbitral. Adicionalmente, hemos venido defendiendo que esta modalidad arbitral es alternativa a la vía administrativa, si bien la alternatividad aquí no se dejaría en manos de la Administración sino del administrado, quien opta por esta vía en lugar de la “ordinaria” vía administrativa; es, por ello, decisión del administrado acudir al arbitraje administrativo o a la vía administrativa. O lo que es lo mismo, el arbitraje administrativo únicamente podrá iniciarse mediante presentación de solicitud de arbitraje por el administrado, debiendo ser necesariamente admitida por la Administración de cumplirse los requisitos para ello (plazo, condición de interesado, etc.).

En conclusión, el principio de oficialidad, elemento fundamental del procedimiento administrativo, no debiera regir en el procedimiento arbitral administrativo, por las razones expuestas.

#### b) Principio de contradicción

La propia existencia del conflicto comporta la vida jurídica de la contradicción. La desaparición de la contradicción supondrá la propia desaparición del cauce de resolución de controversias, sea éste el que fuera, y evidentemente también en cualquier modalidad arbitral administrativa, sea alternativa a la vía administrativa o alternativa al proceso contencioso-administrativo.

El principio de contradicción es un corolario del principio de audiencia y del principio de igualdad de las partes, que obligan a tratar a las partes con igualdad y a otorgarles las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos, o lo que es lo mismo, dándoles oportunidad de ser oídos y de

participar, y así lo prevé el artículo 75 de la LPAC al establecer que “*el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento*”<sup>643</sup>.

Este principio es además, uno de los principios básicos del arbitraje, en cuanto supone la extrapolación al proceso arbitral de los antiguos brocardos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest* o el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio<sup>644</sup>, otorgando a las partes, en consecuencia, el conocimiento del material de hecho y de derecho que se incorpore al arbitraje para que cada una de las partes pueda efectivamente ejercitar su derecho de defensa desde el trato igual o equitativo. Es por ello que se considera un principio vinculado estrechamente al principio de audiencia, al que se refiere la LA en su artículo 24, lo que comporta a este respecto una garantía esencial del modelo procesal arbitral.

### c) Principios de economía y celeridad

La LPAC enuncia reglas para asegurar que la instrucción de los expedientes se realiza de forma ágil y sin trámites innecesarios<sup>645</sup>. Así, el

---

<sup>643</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988: “*es consustancial a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, lo cual supone la existencia de la posibilidad de hacer valer, dentro del procedimiento, los distintos intereses en juego, así como, en segundo término, que esos distintos intereses puedan ser adecuadamente confrontados por sus respectivos titulares antes de adoptarse una decisión definitiva (...)*”.

<sup>644</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., p. 1129.

<sup>645</sup> En este sentido, el apartado II de la Exposición de Motivos de la LPAC reconoce expresamente que: “*En el mencionado título constitucional el artículo 103 establece los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, entre los que destacan el de eficacia y el de legalidad, al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la Ley y al Derecho. La materialización de estos principios se*

artículo 71 establece que “*el procedimiento, sometido al principio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos*”. Se trata, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, de una traslación del principio de eficacia del artículo 103.1 de la CE<sup>646</sup>. De hecho, muy probablemente el funcionamiento del sistema de autotutela administrativa que se ofrece al administrado se presenta como un cauce apropiado que cumple desde los principios que aquí se analizan una función esencial en la solución de las controversias, discrepancias o interpretaciones que en el marco de la actuación administrativa puedan plantearse.

Dichos principios son claramente extrapolables a un procedimiento arbitral administrativo, en cuanto responden a la misma esencia y significado del arbitraje. Ahora bien su virtualidad en el seno arbitral sí diferiría de la que es propia del procedimiento administrativo, en cuanto no se circunscribirían al sentido de la eficacia de la Administración, dado que en el procedimiento arbitral será un órgano administrativo funcionalmente independiente quién decidirá, como defendimos *supra*, sino en el bien entendido de que dicho órgano independiente estará marcado por unos plazos precisos, unos tiempos abiertos y flexibles pero cortos que permitirán al órgano arbitral en todo caso realizar las actuaciones arbitrales inspirados en esa filosofía de la celeridad, agilidad y flexibilidad, evitando dilaciones

---

*produce en el procedimiento, constituido por una serie de cauces formales que han de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y las empresas, que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad en cualquier parte del territorio, con independencia de la Administración con la que se relacionen sus titulares*”. Si bien siempre ha existido un debate en torno a si la eficacia de la Administración podría llegar a contravenir los principios procesales básicos.

<sup>646</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo. II*, cit., p. 483.

indebidas. La modulación de los tiempos en la norma que desarrollo el procedimiento arbitral administrativo permitirá al órgano arbitral impulsar el procedimiento y alcanzar una decisión en los plazos establecidos. Es éste, por ello, uno de los principios que sí deben consolidarse en el seno de la regulación futura de arbitraje administrativo, tanto si se tratare de un arbitraje administrativo alternativo a la vía administrativa como sí lo fuere alternativo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, y cuya virtualidad se convierte en una garantía del administrado.

d) Principio de transparencia

El principio de transparencia en el seno del procedimiento administrativo supone la garantía de acceso del interesado al expediente, a la información pública, archivos y registros, en todo momento, tal y como reconoce el artículo 13.d) de la LPAC. En el mismo sentido, el artículo 71.1 de la LPAC reconoce que *“En el seno del procedimiento administrativo, este principio supone la garantía del acceso al expediente, en todo momento, en favor del interesado en el mismo, o, en los términos del art. 35.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.”*

Adicionalmente, el principio de transparencia también engloba la propia motivación de los actos administrativos que constituye per se un importante instrumento de control de la actuación administrativa.

Si bien es un principio que responde a la manera de actuar de la Administración, cuando es ésta la que decide, su extrapolación al

procedimiento arbitral administrativo plantea algunos matices que debemos considerar:

Por un lado, podría entenderse que el citado principio de transparencia y el de confidencialidad que rige el sistema arbitral común son incompatibles. La consideración de la confidencialidad en sede arbitral es una de las notas definidoras del arbitraje privado, y ofrece una garantía para las partes que debe venir respetada desde los árbitros que intervienen, cualesquiera de los sujetos partes y de sus representantes o sujetos que intervienen en el proceso arbitral, además de la propia institución arbitral.

La confidencialidad es no solo nota del arbitraje privado, sino que se ha ido extendiendo a las diversas modalidades de ADR, ofreciendo precisamente esta nota como especial y extraordinaria frente a la vía jurisdiccional. Es el elemento de “privacidad”<sup>647</sup> al que se ha referido la doctrina del arbitraje<sup>648</sup>, configurada en las normas arbitrales y garantizaba a través de diversos mecanismos según sean los sujetos afectados, y generando posibles responsabilidades.

En el caso que nos ocupa, la viabilidad legal que nos ofrece el ordenamiento jurídico en cuanto a la posible conformación de un modelo arbitral administrativo que fuere alternativo al recurso administrativo es, como hemos reiteradamente apuntado, un sistema de arbitraje impropio, y lo es en cuanto a la consideración de los componentes de esencialidad que

---

<sup>647</sup> CHÁVEZ BARDALES, E., “Privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje>. Este autor considera que la privacidad sería inútil si luego de concluida la audiencia, cualquier parte por propio interés pudiera hacer de conocimiento público la información relacionada al proceso.

<sup>648</sup> Puede verse, BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 1146-1157.

en la construcción del arbitraje en Derecho privado se ha hecho. Es justamente por la ausencia de estos componentes por lo que podemos considerar que estaríamos ante un arbitraje impropio o *sui géneris*.

La confidencialidad debería desdibujarse en el arbitraje administrativo, en aras de la necesidad de mantener la transparencia administrativa. Del mismo modo que el procedimiento administrativo debe ser transparente, no puede negarse esta misma esencia cuando se conforme un procedimiento arbitral. De este modo, habría que arbitrar una suerte de medidas que permitan cumplir con este principio de transparencia en sede administrativa respetando a la vez el principio de confidencialidad respecto de terceras partes.

#### e) Principio de gratuidad

La gratuidad del procedimiento administrativo no goza de reconocimiento legal expreso, pero es un principio tradicional del procedimiento administrativo<sup>649</sup>. Este es por antonomasia gratuito. Los antiguos Reglamentos ministeriales de procedimiento administrativo sí que afirmaban expresamente el carácter gratuito del procedimiento administrativo<sup>650</sup>.

---

<sup>649</sup> LÓPEZ MENUDO, F., “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en BARNES VÁZQUEZ (Coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, 1993, p. 134.

<sup>650</sup> Por ejemplo, el artículo 283 del Reglamento sobre organización y procedimiento administrativo de la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia (Real Decreto 9 julio 1917) señalaba que “*todas las actuaciones que se practiquen en la Subsecretaría o por los funcionarios adscritos a ella, son de carácter gratuito para los interesados; lo mismo sucede con las que practiquen las Autoridades, funcionarios y corporaciones que dependen directamente de la misma, y sus auxiliares, en cumplimiento de los preceptos de este Reglamento; a no ser que, expresamente, se disponga lo contrario en alguna disposición legal que sea aplicable*”, en CIERCO SEIRA, C., “De la gratuidad del procedimiento administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 35, 2009, p. 144.



Aun cuando las Leyes de Procedimiento Administrativo no han recogido expresamente este principio, los administrativistas siguen reconociéndole valor de principio básico del procedimiento administrativo<sup>651</sup>. La gratuidad se basa esencialmente en la ausencia de gastos de postulación derivados de la no necesidad de sufragar gastos de representación y defensa técnica del abogado y del procurador, pero lo cierto es que el principio de gratuidad se ha ido viendo impactado a través del tiempo, esencialmente por la proliferación de tasas y tributos que permiten a la Administración la percepción de un determinado coste por la prestación de algunos servicios o actividades<sup>652</sup>.

No obstante lo anterior, la LPAC regula en su artículo 78.3 que en los casos en que el interesado solicite la práctica de medios de prueba cuya realización implique gastos adicionales que no deba soportar la Administración, podrá serle exigido el abono de éstos por parte de ésta e incluso en su caso, el abono anticipado a reserva de la liquidación definitiva que se practique.

Entendemos que dicho principio deberá ser, por tanto, mantenido en el procedimiento arbitral, puesto que, en caso contrario, el recurso al arbitraje conllevaría un perjuicio económico para el interesado que desincentivaría el recurso a este medio alternativo.

---

<sup>651</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T.R. reconocen que “*el principio sigue teniendo valor informador general, a pesar de las múltiples agresiones que ha debido soportar*”, *Curso de Derecho Administrativo. II*, cit, p. 498.

<sup>652</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo. II*, cit, p. 499.

### *5.3.2 Plazos*

En atención a lo que dispone el artículo 112.2 de la LPAC, debemos considerar que los plazos para resolver en sede arbitral deberían ser los mismos que los regulados en dicha ley en relación con el procedimiento administrativo, puesto que establece que la viabilidad de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, deberán respetar los principios, garantías y plazos que la Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

Recuérdese que el plazo para interponer recurso de alzada o de reposición es de un mes, si el acto fuera expreso, e indefinido, si no fuera expreso<sup>653</sup>. Serían, por tanto, en estos plazos en que los supuestos en los que se debería articular igualmente el arbitraje administrativo, es decir, el plazo en el que el administrado debiera remitir a la Administración su solicitud de arbitraje, solicitud que como indicado, será de obligada aceptación por parte de la Administración, dado el régimen jurídico arbitral que hemos venido proponiendo. En todo caso, consideramos que debe mantenerse la improrrogabilidad de estos plazos, para garantizar la regulación equidistante entre la vía administrativa pura y la vía arbitral administrativa. De este modo, los plazos se entenderán caducados si en el plazo de tiempo prefijado legalmente no se ejerce la pretensión administrativa, sea en sede administrativa pura o sea en sede arbitral.

La LPAC establece que el plazo para resolver el recurso de alzada es de tres meses y para resolver el recurso de reposición de un mes. Transcurridos dichos plazos, los recursos podrán entenderse desestimados por silencio administrativo. Como ya hemos analizado, es este último supuesto

---

<sup>653</sup> Artículos 122.1 y 124.1 de la LPAC

al que suele recurrir la Administración mayoritariamente para resolver los recursos administrativos, optando por desestimar gran parte de los recursos administrativos mediante silencio, y conculcando la exigencia inexcusable de la Administración de resolver establecida en el artículo 21 de la LPAC. La Administración no puede “*abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso*”. Es indudable, por ende, que el silencio de la Administración, decisor de numerosas cuestiones, es un mecanismo que justifica la inoperatividad administrativa y la frustración de su eficiencia, o si se quiere la sensación de frustración del administrado.

Quizás por las anteriores consecuencias es por lo que se ha entendido que estos plazos de resolución administrativa han resultado insuficientes. Esto abre una nueva incógnita. ¿Sería adecuado extrapolar estos plazos para resolver en sede arbitral? ¿estamos obligados a que sean exactamente los mismos que se regulan para el procedimiento administrativo?

Los plazos podrían mantenerse tal como se encuentran, siendo absolutamente respetuosos con lo que prescribe la LPAC. Ahora bien, para beneficiar al administrado podría moldearse el cómputo del plazo, esto es, podría considerarse que dicho plazo computa desde la constitución del órgano arbitral y no desde la notificación del acto.

Esta interpretación no vulneraría el plazo, sino que únicamente afectaría al cómputo. Los plazos máximos se mantendrían, pero podría alterarse el *dies a quo*, favoreciéndose con ello a todos los participantes en el sistema arbitral y desde luego garantizando una resolución expresa motivada de la cuestión planteada en sede arbitral.

En segundo lugar, podría considerarse la posible ampliación del plazo legalmente establecido para conocer de los recursos administrativos, si bien para que fuera factible esta opción parece necesaria una norma habilitante para extender, siquiera fuere en casos de gran complejidad en vía administrativa, el plazo que por ley se han fijado para conocer de los recursos administrativos, debido a la expresa remisión del artículo 112.2 de la LPAC a “*los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo*”.

Esta posibilidad implicaría primar la obtención de una resolución arbitral expresa y motivada, condicionada legalmente a la concurrencia de determinadas situaciones, tales como la complejidad del asunto, el número de personas afectadas, e incluso podría condicionarse a la aceptación de las partes del arbitraje, o de solamente la aceptación –incluso tácita- de los administrados, a solicitud del propio órgano arbitral.

Los modelos anteriormente referenciados, y especialmente la figura del TEAC, están ofreciendo soluciones jurídicas en el plazo de seis meses, lo que podría, además justificarse si tomamos en consideración tanto el artículo 37 de la LA como el artículo 104 de la Ley General Tributaria.

Los plazos administrativos se presentan en un número muy elevado de situaciones como muy cortos e impiden las resoluciones expresas; pero, a su vez, elevar a seis meses el plazo de resolución implicaría una dilación de la actuación administrativa. Es por ello que, a nuestro criterio, se puede trabajar con los plazos establecidos en la LPAC con las dos modulaciones expuestas: que el cómputo del *dies a quo* sea el del momento de constitución del tribunal arbitral, y no el de la presentación de la solicitud de arbitraje, y en segundo lugar la incorporación legal que permita la extensión del plazo cuando se den situaciones especiales de dificultad, de

número de personas afectadas y con el consentimiento del administrado parte en el arbitraje en todo caso.

No debemos olvidar que, aun cuando los plazos que se configuraron en la LPAC son breves, ciertamente estamos hablando no de un órgano estático, sino que de un órgano arbitral que por su composición permite considerar que no se “colapsará”, dado que la intervención de expertos o profesionales del sector permitirán una mayor agilidad en la resolución que se dicte.

Todo cuanto hemos dicho refuerza la idea esencial de que en este modelo arbitral el órgano arbitral está obligado a resolver expresamente sobre las cuestiones planteadas en el procedimiento, sin que sea extrapolable la figura del silencio administrativo. Ello supone indudablemente una garantía adicional para el administrado, dado que, aunque viera desestimada su petición en la vía arbitral, podría conocer el razonamiento de dicha desestimación, frente a la situación de indudable inseguridad que genera el entender desestimado por silencio administrativo un recurso, sin la justificación pertinente que permitiría fundamentar mejor un posterior recurso contencioso-administrativo, al conocer el razonamiento de una posible desestimación. En consecuencia, el arbitraje administrativo sustitutivo del recurso administrativo puede permitir una mayor tutela para los administrados al contar con la fundamentación de la resolución expresa que se dicte.

### *5.3.3 Líneas generales del procedimiento y en especial, posible adopción de medidas cautelares*

La conformación de un procedimiento arbitral debe respetar los principios esenciales del procedimiento administrativo, en atención a lo que prevé la LPAC, si bien igualmente debe casarse con la percepción del significado y sentido del modelo arbitral.

La primera idea que debemos considerar es que este procedimiento debe ser flexible y difícilmente configurable legalmente. Ello no es óbice a la necesidad de considerar algunas reglas procedimentales.

1.- En relación con la iniciación del procedimiento, esta cuestión deberá quedar resuelta en la regulación que se efectúe en la norma que lo desarrolle, pero como ya hemos indicado, parece razonable que se inste a instancia de parte, con solicitud de arbitraje, en los registros permitidos en sede administrativa, en la que se incorporará nombre y apellidos del interesado y la persona, en su caso, que le represente, los hechos, motivos y solicitudes que se realicen, concretando claramente lo que se pide, el lugar y la fecha, firma del o los solicitantes y órgano al que se dirige. Habría que plantearse si es posible entender factible el inicio del procedimiento arbitral administrativo desde la misma Administración, lo que debiera ser claro para aquellos supuestos en que la norma establece el sometimiento a este modelo. En todo caso, creemos que siempre será imprescindible la voluntad del interesado para que el procedimiento pueda ponerse en marcha. Debe pensarse que habrá supuestos en que es la misma Administración la que puede entender interesante derivar a arbitraje administrativo un determinado asunto, poniéndolo así en conocimiento de quienes pudieren estar afectados, por derechos o por intereses.

Repárese, sin embargo, que la solicitud no necesariamente debiera significar el desarrollo del arbitraje, dado que se requiere que tras la solicitud se abra un periodo de información previa para conocer aquellas circunstancias que concurren y, en su caso, la conveniencia o no de iniciar un procedimiento arbitral. Será cuando se decida la conformación del órgano arbitral que se procederá a dar posibilidades al solicitante o solicitantes de subsanar o completar la inicial solicitud presentada. Esto casa perfectamente con el modelo arbitral común, en el que se permite complementar de forma sucesiva la petición de la parte en el desarrollo del procedimiento arbitral. Quizás al tratarse de un procedimiento administrativo sería conveniente que el órgano arbitral determine plazo para ello, a los efectos de agilizar el desarrollo del procedimiento y el cumplimiento efectivo de los plazos máximos configurados.

2.- En el desarrollo del procedimiento arbitral pareciera que deberíamos, a salvo de norma expresa a contrario, respetar los principios de celeridad, agilidad y flexibilidad propios del arbitraje, así como del principio de igualdad y contradicción al que nos referimos, aun cuando sin olvidar el juego que en el mismo debe atribuírsele al órgano arbitral, al que se le permite el impulso de oficio del procedimiento, y sin olvidar que en este procedimiento no solo hay administrados o interesados sino también la propia Administración, que podrá entre otras cuestiones, aportar documentos y efectuar alegaciones en el desarrollo del mismo. Podrán practicarse, como en cualquier procedimiento administrativo y como en cualquier arbitraje, los medios de prueba admisibles en derecho. Debe matizarse en este procedimiento arbitral administrativo que, a diferencia de lo que sucede en un recurso administrativo, no es la Administración la que comunicará a los interesados el inicio de las actuaciones para la práctica

de las pruebas, sino que será el órgano arbitral, a quien compete la admisión de las mismas.

En este punto de práctica de medios de prueba entendemos que, como sucede en el procedimiento administrativo, es posible que la prueba a instancia del interesado genere gastos, en cuyo caso, correrán por cuenta de quien las instó, y habrán debido tenerse en cuenta a efectos de la provisión o anticipo de gastos que deberá efectuar el órgano arbitral.

3.- El debido respeto al principio de transparencia lleva, como hemos señalado *supra*, a la necesidad de cumplir con la exigencia de la información pública, cuando por la naturaleza así se requiera. Habría que estar en cuanto al procedimiento a seguir y a las consecuencias derivadas del mismo a lo que se establece en sede administrativa.

4.- Finalmente, consideramos de interés plantear la posible adopción cautelar de suspensión de la ejecución del acto impugnado por el órgano arbitral. En este sentido, regirá lo previsto en el artículo 117 de la LPAC, a cuyo tenor la interposición de un recurso o en este caso, la solicitud de arbitraje no suspenderá la ejecución del acto impugnado como regla general y salvo que una disposición establezca lo contrario.

Corresponderá al órgano arbitral, de oficio o a solicitud de parte, resolver, previa ponderación razonada, si por el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al demandante como consecuencia de la eficacia inmediata del acto, procede la suspensión de la ejecución. Y ello cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias (i) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, (ii) que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho de la Ley.



Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado. Debe considerarse al respecto que, si de la suspensión pudieren derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, sólo producirá efectos previa prestación de caución o adopción de garantía suficiente para responder de ellos, en los términos previstos reglamentariamente. El órgano arbitral podrá adoptar estas medidas en el ejercicio de su función arbitral, como manifestación de tutela cautelar en el procedimiento.

No podría admitirse, sin embargo, la previsión de la Ley de Procedimiento Administrativo respecto al silencio positivo en la solicitud de suspensión de un acto administrativo. Recuérdese que el artículo 117 de la LPAC prevé que en caso de que no se resuelva expresamente la petición de suspensión en el plazo de un mes, la misma podría entenderse otorgada. Esta previsión no tendría cabida en el ámbito arbitral.

#### *5.3.4 Terminación del procedimiento arbitral: laudo y otras formas anormales*

A diferencia de otros ordenamientos que refieren a la decisión final del procedimiento arbitral como “sentencia arbitral”, en nuestro país la misma recibe el nombre de laudo<sup>654</sup>. Y en la medida en que estamos defendiendo el modelo arbitral en sede administrativa, y que éste por sus

---

<sup>654</sup> La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830 sí que distinguía entre sentencia y laudo, entendiéndose que la primera correspondía a la decisión final adoptada por el árbitro y el segundo refería al posible acuerdo entre las partes. Vid. MERCHÁN ALVAREZ, A., *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, 1981, pp. 189 y ss.

connotaciones es impropio o *sui géneris*, creemos conveniente que la decisión que se dicte, a efectos de naturalización del cauce en el que nos hallamos, se denomine también “laudo”.

Podemos considerar que el laudo resuelve total o parcialmente la controversia administrativa. Es decir, existe la posibilidad de fraccionar la decisión de una disputa, cuando se considere recomendable. Así lo recoge el expositivo VII de la Exposición de Motivos de la LA “*ha de destacarse el reconocimiento legal de la posibilidad de dictar laudos parciales, que pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares*”, y añade que “*El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable*”. Y nos parece que es perfectamente extrapolable al ámbito del arbitraje administrativo.

El artículo 37 de la LA establece la obligación de que se dicte laudo (total o parcial) al finalizar el procedimiento arbitral, que deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, haciendo constar su voto a favor o en contra. Por tanto, se admite que uno o varios árbitros discrepen del voto mayoritario, y al igual que se permite en las sentencias judiciales, se les permite formular su parecer discrepante en un “voto particular”. Hasta la reforma del año 2011 únicamente se permitía que los árbitros pudieran “*expresar su parecer discrepante*”, pero sin que entrara a aportar razonamientos acerca de su posición en las deliberaciones y posterior votación. Sin embargo, ha sido a partir de la reforma del 2011 cuando se les permite

incorporar manifestaciones para justificar su posición mantenida, sean a favor o en contra<sup>655</sup>.

En todo caso, como ya ha quedado expuesto, el laudo debe respetar la exigencia constitucional de su necesaria motivación, tanto si se trata de un arbitraje en derecho, como de un arbitraje en equidad. Las únicas excepciones que recoge el 37.4 de la LA son “*que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior*”. Por lo que respecta al ámbito del Derecho administrativo, no ha lugar a dudas que la exigencia de motivación no puede ser exceptuada, por una parte, para garantizar la adecuada función ejercida por los árbitros, y por otra, como garantía de la motivación a las partes. Resulta imprescindible para que el arbitraje consiga arraigarse como mecanismo de resolución de controversias entre Administración y administrados que ambas partes sientan que pueden confiar en esta vía arbitral, y para ello, deben poder conocer la exégesis racional que lleva a la decisión concreta del tribunal arbitral, como plasmación de que no existe arbitrariedad<sup>656</sup>. E insistimos, esa motivación expresa en la decisión arbitral va a ser una de las grandes bondades que puede ofrecer la vía arbitral sustituta de la vía administrativa.

Ahora bien, aun cuando podamos considerar algunas de las bases que dan consistencia al modelo arbitral ordinario, clásico o tradicional, cual ha sido el arbitraje privado, en el arbitraje administrativo no es posible considerar que el laudo pueda llegar a reemplazar a la Administración, dado que únicamente puede analizar la legalidad de la actuación administrativa

---

<sup>655</sup> Artículo 37.3 LA. Véase, BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 1483-1485.

<sup>656</sup> En este mismo sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 78/1986, de 13 de junio; 75/1988, de 25 de abril, entre otras.

objeto de controversia. Como explica GARCÍA DE ENTERRÍA, el procedimiento administrativo se aparta del sentido que el principio de congruencia tiene en la esfera civil, puesto que la función del procedimiento administrativo no se agota en el aseguramiento de la legalidad, sino que tiene que satisfacer los intereses públicos en juego. Así, el artículo 88.1 de la LPAC dispone que “*la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo*” y el artículo 119.3 añade que “*hayan sido o no alegadas por los interesados*”. Es decir, el principio de congruencia en el procedimiento administrativo requiere efectivamente, que el órgano que resuelve se manifieste acerca de todas las pretensiones del administrado y tenga en cuenta todo lo alegado y todos los medios de prueba practicados durante el procedimiento, pero adicionalmente, deberá tener en cuenta otros extremos puestos en evidencia en el expediente, y que tuvieran incidencia en los intereses públicos en juego<sup>657</sup>.

A diferencia de lo que defendemos en el caso del arbitraje administrativo equivalente de la vía jurisdiccional, en este tipo de arbitraje administrativo el laudo sí que sería recurrible ante los tribunales, no produciendo efectos de cosa juzgada ni poniendo fin.

Como refiere SÁNCHEZ MORÓN, “*tal y como está previsto en la Ley 30/1992, el arbitraje administrativo no puede excluir ni sustituir al recurso contencioso-administrativo*”<sup>658</sup>. Es decir, como equivalente a la

---

<sup>657</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo. II*, cit., pp. 523-524.

<sup>658</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., “Recursos...”, cit., p. 347.

vía administrativa, el arbitraje no puede impedir un posterior recurso contra esa decisión arbitral, que pone fin a la vía administrativa pero no tiene efectos de cosa juzgada.

Dicha decisión arbitral sería recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Aun cuando a día de hoy la LJCA no prevé facultades para ello, su artículo 2.f) permite que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conozca de las cuestiones que se susciten en relación con “*las restantes materias que le atribuya expresamente una ley*”. Por tanto, una eventual Ley de arbitraje administrativo podría atribuir esta competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es aquí donde reside uno de los elementos esenciales del arbitraje impropio. Frente a un arbitraje propio, en el que el laudo que se dicta pone fin a la instancia y produce efectos de cosa juzgada, en el caso que nos ocupa el laudo arbitral no es atributivo de estos efectos, dado que su eficacia es la misma que la resolución de un recurso administrativo, quedando expedita la vía contencioso-administrativa si las partes así lo estiman conveniente.

Igual que sucede en el procedimiento administrativo, también en el arbitraje administrativo alternativo a aquél el procedimiento puede acabar de forma anormal, esto es, por la concurrencia de unos hechos que puedan dar lugar a la prescripción, a la renuncia del derecho, a la caducidad del procedimiento o al desistimiento de la solicitud, así como a la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento. Son causas excepcionales que dan lugar a una salida excepcional del procedimiento. Así, frente a la resolución que se dicta en el procedimiento arbitral resolviendo todas las cuestiones planteadas en el mismo, en contradicción, habrá supuestos en que la transacción o acuerdo de las partes, o los actos de desistimiento,

renuncia, caducidad y abandono implicarán una resolución no contradictoria.

Lo que no resulta posible, a nuestro parecer, y así debiera expresamente contenerse en la oportuna ley es el silencio administrativo. Consideramos que sería una *contraditio in terminis* incorporar esta posibilidad puesto que el arbitraje deberá paliar la ineficiencia y sobre todo la frustrante situación que provoca el silencio administrativo en el administrado. Es por ello que nos mostramos contrarios a su posible viabilidad en el arbitraje.

### **III. INCORPORACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO COMO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL**

Junto a la posibilidad del arbitraje como vía alternativa al recurso administrativo, que sí está expresamente prevista en nuestro ordenamiento como hemos venido señalando, nos hemos planteado a lo largo de este trabajo la posibilidad de incorporar el arbitraje como alternativa a la vía jurisdiccional. Sin embargo, a diferencia de lo que hemos analizado en el apartado anterior, el legislador español no ha incluido hasta la fecha ninguna previsión normativa en este sentido.

A pesar de la ausencia de previsión expresa en la normativa administrativa, hemos analizado en Capítulos anteriores la constitucionalidad de esta posible incorporación, aunque con límites, del arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción, lo que permite siquiera teóricamente pensar en un posible modelo de arbitraje administrativo que permita en determinados casos, y con unas condiciones legalmente establecidas, encontrar

acomodo en el seno de la tutela del administrado. Si bien en este caso habría que buscar amparo legal para poder abrir esta puerta a la incorporación del arbitraje en el Derecho administrativo.

En cualquier caso, el arbitraje propio no puede presentarse como una respuesta “iusprivatista” o “híbrida privatista” para paliar una situación ya altamente preocupante que arrastran los tribunales de lo contencioso-administrativo ante un colapso funcional en sede judicial. Presentar el arbitraje administrativo en estrictos términos economicistas llevaría a una privatización de la Justicia administrativa, quebrando el fundamento y la naturaleza propia del sistema administrativo. Es por ello que el análisis de un posible arbitraje alternativo a la vía jurisdiccional debiera hacerse como mecanismo que otorga garantías al administrado y una tutela realmente efectiva.

Consideramos que para poder abordar la incorporación de un arbitraje administrativo propio es necesario que, aprovechando las previsiones normativas ya existentes, se cultive primero, el arbitraje administrativo impropio. Es decir, la incorporación del arbitraje al ordenamiento administrativo debiera realizarse en dos fases: un primer desarrollo por parte del legislador de la fórmula arbitral ya existente para un arbitraje alternativa a la vía administrativa, penetrando con ello entre los operadores jurídicos, la sociedad e incluso las propias Administraciones españolas la idea de que arbitraje y Administración pueden convivir, y tras ello, podría hipotéticamente avanzarse hacia el ideal de configuración de un arbitraje administrativo que pudiese tutelar a los administrados y otorgar, en aquellos supuestos disponibles, expresamente determinados, una vía alternativa a los tribunales de Justicia. En estos momentos esta vía es utópica, aunque no por ello imposible.

En nuestras páginas siguientes queremos plantear, siquiera en esa hipotética propuesta de un arbitraje alternativo a la jurisdicción, cuáles serían los condicionantes que harían viable dicho modelo. Insistimos en que este arbitraje no podría sino nacer con vocación limitada.

Partiendo de lo anterior, vamos a ir conformando algunas de las bases que podrían permitir confeccionar un modelo de arbitraje administrativo alternativo a la vía contencioso-administrativa, si bien omitiremos, sin embargo, aquellos aspectos ya analizados para la vía administrativa y que serían plenamente extrapolables a este modelo arbitral, tales como la identificación de las posibles materias objeto de arbitraje<sup>659</sup> o la innecesaridad de un convenio arbitral, puesto que en ambos casos, el arbitraje se iniciaría con la presentación de la solicitud de arbitraje por parte del interesado.

---

<sup>659</sup> En el análisis de las cuestiones que podrían, en caso de conflicto, dar lugar a una pretensión disponible para la parte y ejercitarla en el arbitraje debemos ser coherentes y pensar que aquellas que en su momento referimos como arbitrables en el arbitraje administrativo impropio podrían extrapolarse al arbitraje administrativo propio, consecuencia precisamente de tratarse de pretensiones disponibles para las partes. Podríamos considerar, incluso, que como consecuencia de los efectos jurídicos que se derivan de un arbitraje administrativo propio o alternativo al proceso contencioso-administrativo cabría abogar por una mayor restricción a la hora de su planteamiento o arbitrabilidad en esta sede, y no tanto por ser o no disponible cuanto por decisión política limitante de esta vía, perfectamente asumible en todo caso. A título de ejemplo, podría considerarse que todas las cuestiones en las que se plantean relaciones contractuales del sector público o en las que se deriva una responsabilidad patrimonial, en las que entre otras cosas se permiten acuerdos o pactos entre la administración y los administrados-interesados, tendríamos un amplio sector para favorecer aquí la vía del arbitraje administrativo alternativo al proceso judicial.



## 1. Instrumento legislativo adecuado para la regulación del arbitraje administrativo

Como punto de partida de nuestro estudio debemos plantearnos bajo qué figura normativa se debería conformar el posible modelo de arbitraje en materia de Derecho administrativo: ¿Es posible una normativa propia de arbitraje para cuestiones de Derecho administrativo o debiera optarse por una reforma de la LA que incluyera previsiones específicas para estos supuestos? Obviamente, la respuesta a esta cuestión es claramente política, y no únicamente legislativa. Y, en caso de optar por una normativa propia, la cuestión siguiente sería la de plantearse qué forma debiera adoptar ésta.

A nuestro parecer, el arbitraje administrativo propio no debería ser un apéndice de la LA, sin perjuicio de que ésta debiera ser supletoria, como norma arbitral común o general que es, de la regulación especial administrativa<sup>660</sup>. Pero es más que palmario que por su especial naturaleza, el arbitraje administrativo, aun siendo arbitraje, necesita de una cobertura jurídica específica.

La cuestión será, en segundo lugar, determinar si esa regulación específica requiere de norma autónoma o si podría incorporarse en la LJCA. A nuestro entender, resulta necesaria una regulación específica que delimite no sólo los supuestos en los que es posible el recurso al arbitraje, sino también una regulación concreta de determinados aspectos del procedimiento arbitral, cuya regulación debe diferir de la prevista para el arbitraje

---

<sup>660</sup> En el mismo sentido, PÉREZ MORENO, A., “El arbitraje en el Derecho administrativo”, en *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público. VI Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*” Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003, p. 257.

de la LA<sup>661</sup>. Opinión diversa es la que mantiene, por ejemplo, PÉREZ MORENO, quien proponía incluirlo dentro de la propia LJCA como un “*nuevo procedimiento especial*”<sup>662</sup>.

Insistimos, pues, que el arbitraje administrativo propio debiera regularse mediante una norma independiente de la LJCA (no es proceso contencioso-administrativo ni se conoce por los tribunales contencioso-administrativos sino a través de unas reglas y principios diversos y por órganos distintos también); y dicha norma debiera ser una ley ordinaria estatal<sup>663</sup>. Si lo que se pretende es regular una institución distinta del proceso contencioso-administrativo, más sencilla y eficaz, con unos principios propios y con una estructura diversa de la que se regula en la LA, la autonomía que otorga una ley es la mejor de las técnicas para regular la institución arbitral.

A mayor abundamiento, el arbitraje común cuenta con su propia ley reguladora. Si para regular el arbitraje administrativo se optase por una norma con rango reglamentario, como pudiera ser un Real Decreto, podría llegar a existir un conflicto normativo, a razón de la prohibición absoluta de contradecir lo establecido en las leyes, siendo que en caso de cualquier contradicción entre la LA y ese hipotético Real Decreto que regulase el arbitraje administrativo ésta se resolvería a favor del primero. El optar por

---

<sup>661</sup> En la misma línea, HUERGO LORA, A., “Resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo”, cit., pp. 169-172, BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos...*, cit., pp. 308-313.

<sup>662</sup> PÉREZ MORENO, A., “Justicia Administrativa y fórmulas alternativas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, cit., p. 15.

<sup>663</sup> Recuérdese que contamos ya con un intento de elaboración de una norma que regulase el arbitraje administrativo, como sucedió con el texto del borrador de Anteproyecto que se presentó en el año 2001.

una norma de menor rango que la ley para regular el arbitraje administrativo frente a la ya existente LA reflejaría, además, un menor interés o una menor importancia respecto del primero, en virtud de esa “degradación” normativa. Entendemos que, para poder lograr una verdadera implantación del arbitraje como medio de resolución de controversias en materia de Derecho administrativo, hace falta una apuesta firme y rigurosa por este medio, lo cual únicamente puede llevarse a cabo mediante una Ley. Todo ello sin perjuicio de una posible adaptación de la LJCA en algunos preceptos, que deberán conectar también la institución del arbitraje administrativo con el proceso contencioso-administrativo y con los tribunales administrativos.

No haría falta en todo caso, modificar la LOPJ. Igual que no se modificó en su día para incorporar el recurso al arbitraje de manera general entendemos que menos sentido tendría modificarla para incorporar una modalidad de ese arbitraje.

Sentado lo anterior, debemos destacar que en la doctrina la opción mayoritaria ha sido, además, la de considerar más adecuada la regulación del arbitraje administrativo mediante una ley. Así, GRANADO HIJELMO entiende que, puesto que la Administración está sometida al principio de legalidad del artículo 103 de la Constitución, debiera ser una ley la que habilite a la Administración a someter determinadas contiendas a arbitraje, siendo que “*sólo será admisible precisamente en los casos, términos y condiciones que la propia Ley determinase*”<sup>664</sup>.

A título ejemplificativo, recuérdese que como avanzado con anterioridad en este capítulo, el artículo 112.2 de la LPAC señala que “Las leyes

---

<sup>664</sup> GRANADO HIJELMO, I., “El arbitraje en Derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 39, 2005, p. 51.

*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*". Por tanto, la propia LPAC hace una llamada al legislador para que desarrolle esta previsión de "arbitraje", que, aunque no busca un equivalente jurisdiccional sino un sustituto de la vía administrativa, refuerza la idea de que la norma a emplear para regular una vía arbitral debe ser una ley. Y más aún cuando se trate de un arbitraje propio, sin posibilidad de recurso contencioso-administrativo posterior.

Por su parte, como ya hemos referido en epígrafes anteriores, el artículo 31 de la LPAP establece que *"no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno."* Es decir, la LPAP ya exige una ley para aprobar las transacciones y los sometimientos a arbitraje. Y resulta complicado imaginar alguna relación jurídica relativa a bienes del patrimonio del Estado que no conlleve a su vez, alguna prestación pecuniaria.

Conviene destacar que, en relación con el arbitraje de consumo, la Xunta de Galicia interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la

Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>665</sup>, entre ellos el artículo 31 que establecía un sistema general de arbitraje típicamente estatal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional concluyó en su Sentencia núm.15/1989, de 26 de enero<sup>666</sup> que *“el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado (art. 149,1, 6 y 8 CE), por lo que ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe oponer al art. 31”*.

Posteriormente, en su Sentencia núm. 62/1991, de 22 de marzo<sup>667</sup> el Tribunal Constitucional añadió que *“siendo el arbitraje un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia (...)”*.

Por todo ello, se concluye que como ocurre con el arbitraje privado, la regulación del arbitraje administrativo debiera contenerse en una ley estatal, propia, reguladora del arbitraje administrativo, sin perjuicio la necesaria coordinación entre la misma y la LJCA; y con una disposición supletoria que pudiere igualmente derivar a la legislación arbitral común en aquello que no quede regulado en la misma ley.

---

<sup>665</sup> Generalitat de Cataluña y Gobierno Vasco presentaron también recursos de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de esta Ley, pero no incluyeron el artículo 31.

<sup>666</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion/Show/1221>

<sup>667</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1701>

## 2. Arbitraje de derecho vs. arbitraje de equidad

En la configuración de la norma de arbitraje administrativo deberá establecerse si estamos en todos los casos ante un claro supuesto de arbitraje de derecho o si, por el contrario, podría establecerse algún escenario en el que cabría optar por arbitraje de equidad. Al respecto, consideramos necesario hacer unas breves referencias a esta cuestión en el marco de la LA, para posteriormente determinar si pudiera ser o no recomendable asumir este modelo en arbitraje administrativo.

La bipolar configuración del arbitraje en nuestro Derecho caminó desde tiempos históricos entre la aplicación del Derecho o la decisión en equidad. Es más, históricamente la concepción originaria del arbitraje se decantaba esencialmente por la equidad, justificada en la idea o naturaleza propia del arbitraje, como cauce en el que los expertos, los especialistas, tomaban la decisión según su leal saber y entender. Y solo excepcionalmente a medida que se produjo una clara evolución del sistema jurídico, de los ordenamientos jurídicos y del crecimiento del interés público, se fue incorporando paulatinamente la posible decisión aplicando la norma, el Derecho, al caso concreto. Ahora bien, hasta la aprobación de la LA de 2003 la opción por el arbitraje de equidad era la preferente, es decir, mientras las partes en el arbitraje no dijeran expresamente que preferían arbitraje de derecho, los árbitros resolvían en equidad. Se mantenía así legalmente la preferencia por la equidad respecto del derecho <sup>668</sup>.

---

<sup>668</sup> Artículo 4 de la LA/1988:

*“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.”*

La aprobación de la LA supuso un cambio, al disponer en su artículo 34.1 que *“los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”*. Dicho viraje encuentra explicación en su Exposición de Motivos: *“La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la "equidad", o a términos similares como decisión "en conciencia", "ex aequo et bono", o que el árbitro actuará como "amigable componedor". No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación.”*

En el arbitraje de derecho, como su propio nombre indica, el árbitro decide conforme a las normas de un determinado ordenamiento jurídico, como si de un juez estatal se tratara. En el arbitraje de equidad, por su parte, los árbitros resuelven conforme a su leal saber y entender, aportando la respuesta que entiendan más acertada<sup>669</sup>.

En la reforma de la LA del año 2011 se intentó avanzar aún más en esta consolidación de la posición pro arbitraje de derecho en detrimento

---

<sup>669</sup> De ahí que entre otras cuestiones, los árbitros que resuelven en equidad no están obligados a fundamentar jurídicamente su decisión. Puede verse, ESPLUGUES MOTA, C., “Artículo 34”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2 ed., p. 1371.

del de equidad, dado que en el texto proyectado se preveía excluir el arbitraje de equidad “*si las partes les dan autorización expresamente para ello y se tratare de un arbitraje internacional*”. Es decir, se proponía limitar el arbitraje en equidad a los arbitrajes internacionales. Si bien dicha propuesta fue finalmente rechazada.

Aun cuando no contamos con estadísticas fiables respecto del número de arbitrajes privados resueltos en equidad y en derecho, lo cierto es que el recurso al arbitraje de equidad había venido siendo la opción más habitual en el panorama español, muy probablemente debido principalmente a la simplicidad de sus formas, y a la diferenciación con el modelo más rígido, incluso en el momento de fundar la decisión, en sede judicial. Hay un dato que debe tenerse en cuenta, en España el crecimiento numérico de los arbitrajes tuvo lugar tras la aprobación del modelo de arbitraje de consumo, siendo ésta una materia caracterizada por la resolución en equidad. En efecto, en los arbitrajes de consumo se tiene en cuenta no solo la determinación legal sino también el tipo de conflictividad, para determinar si resulta más ajustada y adecuada a los fines pretendidos, resolver en equidad. Ello no impide que existan arbitrajes de derecho en materia de consumo, dado el cambio de preferencia legal respecto del arbitraje de derecho. Este dato del arbitraje de consumo ha permitido tener en números globales más arbitrajes de equidad que de derecho, precisamente porque son numéricamente los arbitrajes de consumo los que lideran el panorama arbitral español.

En cualquier caso, frente a una posible defensa del arbitraje de equidad por innecesariedad de motivación jurídica, hay que tener en cuenta que esta manera de decidir no supone que no deba existir motivación alguna,



sino que la misma ciertamente no deba asentarse necesariamente en fundamentos jurídicos. Esto exige una aclaración.

En primer lugar, sí que debe existir siempre motivación; es absolutamente imprescindible que se motive la decisión alcanzada y el procedimiento para alcanzar la misma, como garantía de los sujetos en el arbitraje. Lo que sucede es que en el arbitraje de equidad esa exigencia queda totalmente cubierta con la justificación de la aplicación del leal saber y entender de quien así la asume.

En segundo lugar, aun cuando el arbitraje es en equidad ello no impide que si quien resuelve conoce la norma aplicable pueda justificar su decisión en la aplicación de una norma jurídica. O lo que es lo mismo, no se niega la posibilidad de motivación jurídica.

Por consiguiente, no debe entenderse que arbitraje en equidad es sinónimo de ausencia de motivación. En estos arbitrajes sigue pendiente la exigencia constitucional de motivación suficiente. Tanto en el arbitraje de derecho como en el arbitraje en equidad, debe, por tanto, desgranarse el desarrollo intelectual de los árbitros que les ha llevado a tomar una determinada decisión, ya sea basándose en su leal saber y entender o bien en normas jurídicas. La suficiencia, por otra parte, se desprende de la *ratio decidendi* de los árbitros, de modo que se excluya la arbitrariedad de la decisión alcanzada<sup>670</sup>.

---

<sup>670</sup> Puede verse BARONA VILAR, S., “Art. 37”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2 ed., pp. 1496-1499.

Si esta es la situación que se presenta en el panorama arbitral español en el sector privado o económico, surge la duda de cuál debería ser la solución que se admitiera cuando de arbitraje administrativo se tratara. A nuestro entender, en el caso del arbitraje administrativo, dada la naturaleza del conflicto y los intereses en juego, el arbitraje debiera ser de derecho. Para gran parte de los administrativistas el arbitraje de equidad no tiene cabida en Derecho administrativo, puesto que la Administración, en su calidad de garante del interés público, no puede someter su actuación a resoluciones que no se fundamenten en normas legales<sup>671</sup>. Compartimos plenamente esta opción favorable al arbitraje de derecho, lo que no es óbice a que pudiera aceptarse el arbitraje en equidad en algunos supuestos, por ejemplo, en las controversias relativas a la cuantificación de una indemnización o de un justiprecio. Parece razonable considerar que en estos casos no habría inconveniente en que el árbitro resolviera conforme a su leal saber y entender<sup>672</sup>.

En cualquier caso, como se desarrollará en epígrafes posteriores, todos los árbitros debieran tener conocimientos jurídicos, lo que implicaría que la distinción entre arbitraje de derecho o en equidad perdiera cierta virtualidad, puesto que aun cuando en el de equidad no existiera obligación de motivar con base en normas jurídicas, el árbitro resolvería en todo caso conforme a sus conocimientos jurídicos y especializados en la materia.

Podría incorporarse así, en la ley de arbitraje administrativo una fórmula similar a la del artículo 34 de la LA, entendiendo que el arbitraje

---

<sup>671</sup> En este sentido entre otros, OLAVARRIA TÉLLEZ, A., “Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. Artículo 4º de la Ley 36/1988”, cit., p. 345.

<sup>672</sup> En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, p. 821: “no resulta imposible atribuir a un árbitro con la suficiente cualificación la resolución de una disputa sobre interpretación jurídica (arbitraje de Derecho) o sobre los términos en que procede ejercer las facultades discrecionales (arbitraje de equidad)

administrativo será resuelto en derecho, salvo que el administrado, por razón de la materia, considerare más adecuada la decisión en equidad y se aceptare por la Administración, no siendo contrario al ordenamiento jurídico administrativo.

### 3. Órgano arbitral

Una de las cuestiones más relevantes en la conformación del arbitraje administrativo es la determinación del órgano o tribunal arbitral que deba conocer de los asuntos que puedan derivarse a arbitraje administrativo. El debate esencial se centra en la configuración del órgano como permanente, o solo como permanente parcial, o por el contrario debiera optarse por configurar un tribunal u órgano *ad hoc* en cada caso. A estos efectos, vamos a hacer referencia a continuación, a algunos modelos arbitrales que podrían considerarse a los efectos que nos ocupan.

Como hemos descrito en el Capítulo Tercero, en el ámbito internacional están cobrando relevancia las cortes arbitrales permanentes o tribunales arbitrales permanentes. La última manifestación la encontramos en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* o CETA). Este Acuerdo prevé para la solución de diferencias entre inversores y Estados la creación de un Tribunal permanente formado por quince miembros (cinco miembros nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, cinco nacionales de Canadá y otros cinco de terceros países), con un mandato de cinco años que podrá renovarse una sola vez. El Tribunal

considerará los asuntos en divisiones formadas por tres miembros del Tribunal, nombrados de manera “aleatoria e imprevisible”<sup>673</sup>.

Este modelo ha sido el adoptado en nuestro país, por ejemplo, en materia deportiva. El Tribunal Administrativo del Deporte, al que ya nos hemos referido en el Capítulo Tercero, está adscrito al Consejo Superior de Deportes, y se compone de siete miembros licenciados en Derecho, entre los que se designa un presidente a elección de los propios miembros. Los miembros son designados por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes: cuatro miembros a propuesta del Presidente del Consejo Superior de Deportes y tres de entre los propuestos por las propias Federaciones deportivas. La duración del mandato de sus miembros es de seis años, sin posibilidad de reelección, aunque la renovación se produce parcialmente cada tres años<sup>674</sup>.

Este podría ser un modelo a plantearse para el arbitraje administrativo, configurando un órgano permanente con competencias arbitrales, como hemos abogado en el caso del arbitraje administrativo equivalente a la vía administrativa. Sin embargo, no nos parece ésta la mejor de las soluciones. En gran parte por el coste que supone tener un organismo constituido de manera permanente, y por el hecho de que, como se expondrá a continuación, una de las principales ventajas que concurren en el recurso a la institución arbitral es la especialización. Esto es, la posibilidad de poder someter la controversia a la decisión de un tercero o de varios terceros con conocimientos en la materia. La existencia de una corte o tribunal permanente inevitablemente dificulta que los miembros de dicho

---

<sup>673</sup> Artículo 8.27 del CETA ([http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm))

<sup>674</sup> Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte.

órgano tengan conocimientos en todos los campos del Derecho administrativo (telecomunicaciones, transporte, energía, medioambiente, urbanismo, etc.). Si una de las bondades de este modelo es la mayor especialización, no parece que cerrar el modelo orgánico sea el más adecuado.

Podríamos, sin embargo, considerar un modelo que asumiese una naturaleza híbrida, en parte estática, en parte dinámica, o si se quiere, un modelo de arbitraje administrativo institucional que pudiese presentarse con unas características semejantes al tribunal arbitral en los conflictos en materia de consumo.

Es significativo considerar precisamente lo que está viniendo a ser una constante en la doctrina arbitral, en cuanto se insiste de manera mayoritaria en la conveniencia de potenciar el arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc* en el que las partes designan a los árbitros y articulan sus propias reglas para el procedimiento arbitral<sup>675</sup>. La institucionalización ofrece indudablemente una seguridad jurídica que podría no sentirse —lo que no quiere decir que no la haya— cuando se trata de un árbitro nombrado *ad hoc*.

ROSA MONTERO ha incidido en la importancia de instancias permanentes que administren el arbitraje administrativo y que cuenten con un marco normativo que regule tanto el procedimiento arbitral como las potestades y responsabilidades del órgano arbitral. Este autor entiende que ello es una exigencia del propio principio de legalidad<sup>676</sup>.

Ahora bien, la elección de la institución encargada de administrar el arbitraje es esencial, puesto que debe ofrecer confianza y seguridad. Parece

---

<sup>675</sup> VERDERA SERVER, R., ESPLUGUES MOTA, C., “Artículo 9” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit, pp. 466-467.

<sup>676</sup> ROSA MONTERO, J., *El arbitraje administrativo*, cit., pp. 112-113.

evidente que los centros de referencia existentes para los arbitrajes de la LA no podrían servir de primeras para conocer de los arbitrajes administrativos, a salvo de que se transformaran y adaptaran a las condiciones legalmente establecidas en una futura regulación, que les obligaría, entre otras, a reformular sus funciones y a adaptar sus estructuras, especialistas y actuación a los parámetros propios de la actuación en la que interviene la Administración.

A título de ejemplo, podría pensarse en algunas instituciones que podrían acoger entre sus funciones, las arbitrales propiamente dichas, con esa incidencia palmaria en el sector administrativo compartimentalizado, como podría suceder con la CNMC, que puede desempeñar funciones de arbitraje institucional<sup>677</sup>, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económico, aplicando la LA<sup>678</sup>. De conformidad con lo previsto en 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, el procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la CNUDMI o, en su caso, las que determine el Consejo de la propia CNMC. La norma

---

<sup>677</sup> Respecto del alcance de las “funciones de arbitraje institucional” encomendadas a la CNMC, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid tuvo oportunidad de pronunciarse en su Sentencia 77/2016 de 20 de diciembre en los siguientes términos: “*No existe la menor duda de que la normativa expuesta reconoce a la CNMC el desempeño de una función arbitral propiamente dicha, esto es, la tarea de dirimir como árbitro, de derecho o de equidad, las controversias que se le sometan. Ningún sentido tendría circunscribir ese cometida legal a la mera administración del arbitraje cuando se predica la función de la Comisión en referencia a la actividad de enjuiciamiento propiamente dicha, “en Derecho o en equidad”, que sería del todo innecesaria para aludir a un mero contenido de administración del arbitraje*”.

<sup>678</sup> Artículo 46 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.

prevé la posibilidad de que se prevea un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía. En todo caso, corresponde al Consejo de la CNMC la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas designar árbitros a la vista de la materia objeto de reclamación, y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo. Habría que proceder a adaptar esta regulación y muy probablemente remitirse en su actuación a la futura norma que regule el arbitraje administrativo, en cuanto sería ésta y no la LA, el marco legal primigenio en su aplicación, todo ello sin perjuicio de la posible supletoriedad de la norma arbitral común.

Es este un posible modelo adecuado, con una institución<sup>679</sup> con un listado actualizado de árbitros acreditados y tribunales arbitrales generados, constituidos conforme vayan presentándose las solicitudes de arbitraje. A diferencia de las Juntas arbitrales de consumo, resulta relevante el matiz incluido en relación con el arbitraje de la CNMC respecto de la designación de los árbitros tomando en consideración la materia objeto de controversia.

No sería, por tanto, un arbitraje institucional en el sentido del artículo 14 de la LA que regula la posibilidad de encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros bien a Corporaciones de Derecho Público y Entidades Públicas que desempeñen funciones arbitrales, según sus normas reguladoras; bien a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en

---

<sup>679</sup> Podría plantearse denominarla “Administración arbitral”, término empleado en el borrador de Anteproyecto de la ley reguladora del arbitraje administrativo.

cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales, como por ejemplo, las Cámaras de Comercio<sup>680</sup> o los Colegios Profesionales<sup>681</sup>. Para que puedan ser administradoras de un arbitraje hace falta como indica el propio artículo 14 que así lo prevean sus normas reguladoras. Junto con estas entidades, el citado precepto refiere a las entidades sin ánimo de lucro. Este requisito ha sido criticado por algunos autores que consideran que esta distinción entre ánimo de lucro y sin ánimo de lucro no tiene relevancia de cara al desempeño de funciones arbitrales, siendo que además la institución arbitral será retribuida en todo caso<sup>682</sup>. En todo caso, se incorpora también la exigencia de que se prevea esta función en sus estatutos. Insistimos que estas corporaciones de derecho público pueden o podrían adaptar su legislación y reglas de actuación a la futura norma arbitral administrativa, lo que nada empecería su aplicabilidad y su intervención en algunos posibles arbitrajes administrativos del sector económico, como puede suceder con las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

En el arbitraje de consumo, como hemos expuesto con anterioridad, se concede un especial protagonismo a la Administración puesto que es a ella a quién corresponde la creación de las instituciones arbitrales (“Juntas o Tribunales arbitrales”), distinguiendo así las Juntas o Tribunales arbitrales de ámbito nacional de los de otros ámbitos (de ámbito autonómico, provincial, de mancomunidad, o de ámbito municipal). En el arbitraje administrativo, las Juntas o Tribunales arbitrales como tal, tendrían carácter

---

<sup>680</sup> Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

<sup>681</sup> Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

<sup>682</sup> YAGÜE LLEDÓ, F., “Artículo 10” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 168.



administrativo, dependiente de la Administración, pero los tribunales arbitrales serían plenamente independientes. Es decir, la gestión sería de la Administración, pero el ejercicio de la función arbitral por el Tribunal arbitral en cuestión sería necesariamente independiente.

Deberían existir, por tanto, disposiciones en la norma arbitral administrativa que configurasen la tipología del órgano arbitral, así como las competencias entre las distintas Juntas o Tribunales arbitrales, teniendo por criterio el de la territorialidad y el del órgano administrativo para conocer de una determinada materia. Nos parece que son criterios que permitirían trabajar con esa configuración competencial. Ahora bien, el debate podría centrarse en si el tribunal debiera o no tener dependencia administrativa orgánica, quedando adscrito a una determinada Administración o por el contrario siendo independiente.

Defendemos en el marco del arbitraje administrativo impropio que la dependencia orgánica de la Administración no debiera de considerarse obstáculo, siempre que se garantizase la independencia funcional. Téngase presente que como expuesto, el Tribunal Administrativo del deporte se encuentra adscrito al Consejo Superior de Deportes y la Junta Arbitral de Consumo se encuentra adscrita al Instituto Nacional del Consumo. Son órganos con dependencia orgánica pero que al desenvolver la función arbitral lo hacen independientemente de la Administración. En la doctrina, ROSA MONTERO<sup>683</sup> sostiene que lo deseable es que la institución no se halle sometida a la Administración y exista una cierta desvinculación respecto de las Administraciones Públicas. Ahora bien, insistimos en dos ideas:

---

<sup>683</sup> ROSA MONTERO, J., *El arbitraje administrativo*, cit. pp. 114-115.

Por un lado, que dependencia orgánica no es dependencia funcional.

Por otro, que la institución arbitral no es la que desempeña la función arbitral sino la que ejerce las funciones de administración y organización y no de resolución de conflictos. Son los árbitros que integran el órgano arbitral los que van a ejercer estas funciones arbitrales, y éstos se nombran en y para cada uno de los supuestos que se plantean.

Esta concepción institucional administrativa sería obviamente diversa de la institución arbitral privada, y ello no alteraría el modelo garantista que podría conformarse, aun cuando presentara alguna prerrogativa. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la constitucionalidad de la existencia de privilegios procesales derivados de la especial naturaleza de la actividad de la Administración. Destacamos entre otras, la Sentencia núm. 90/1994, de 17 de marzo<sup>684</sup>, que declara que *“no es contraria a la Constitución la atribución de privilegios procesales a las distintas Administraciones públicas, siempre que éstos no resulten arbitrario o desproporcionados o supongan un sacrificio excesivo a quienes los soportan, ya que la técnica engarza con el principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa y el servicio con objetividad a los intereses generales a que la concesión de personalidad jurídica a tales Entes responde, según el artículo 103.1 CE”*<sup>685</sup>.

Teniendo en cuenta, por ello, las reflexiones anteriores, entendemos que debería existir una institución única que designara árbitros en función de la materia objeto de controversia, en vez de la conformación de tribunales especializados según materias. Un ejemplo de esta última modalidad

---

<sup>684</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2607>

<sup>685</sup> En el mismo sentido, STC 17/1994, de 20 de enero (ECLI:ES:TC:1994:17).

sería si se consideraren a estos efectos los tribunales administrativos creados para la resolución de recursos especiales en materia de contratación, modificándose sus normas de actuación para que pudieran asumir arbitrajes especializados en contratación. A nuestro entender, ello sería ineficiente y conllevaría también una multiplicidad de costes. Resulta más deseable la conformación de una entidad única que designe árbitros especializados para cada controversia a resolver. No solo por la solución concentrada, sino también porque esta sería mucho menos costosa y seguiría un comportamiento más armonizado en el desarrollo de los diversos arbitrajes.

Ese órgano arbitral que se instalaría desde una institucionalidad administrativa deberá actuar a través de los árbitros. La siguiente cuestión que habrá que considerar es por ello quienes podrán ser árbitros en este órgano o tribunal arbitral.

En cuanto a los posibles árbitros, podríamos tomar como referente un sistema híbrido de árbitros, similar al del modelo de arbitraje de consumo, en el que el órgano arbitral es tripartito y se integra por la Administración; las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro estatal de asociaciones de consumidores y usuarios o que reúnan los requisitos exigidos por la normativa autonómica que les resulte de aplicación; y las organizaciones empresariales o profesionales legalmente constituidas, y en su caso, las Cámaras de Comercio. Así, proponen al presidente de la Junta Arbitral de Consumo las personas que actuarán como árbitros en los procedimientos arbitrales que se sustancien en ella.

Extrapolando este modelo al arbitraje administrativo podría pensarse en un tribunal con composición plural, en la que la presidencia se asumiera por un funcionario de la Administración en la que se incardina, con un

órgano arbitral nacional, órganos arbitrales autonómicos y con posibilidad de preverse la constitución de delegaciones territoriales a nivel de provincias o mancomunidades<sup>686</sup>; y a la que se incorporaría para integrar el tribunal arbitral expertos o profesionales que formaren parte de un registro, a propuesta de las partes del proceso arbitral, a saber, de la Administración y del administrado, efectuando estas propuestas conforme al listado de árbitros acreditados por la institución arbitral. Y pudiendo regularse igualmente en la futura ley reguladora del arbitraje administrativo la solución que permitiría, en caso de no llegar a un acuerdo entre las partes, que fuera la misma institución arbitral quien designara al árbitro o a los árbitros, en su caso, conforme a un sorteo o en todo caso, de manera aleatoria, siempre teniendo en cuenta el criterio de la especialidad.

En caso de que la solicitud de arbitraje se presentara ante una institución arbitral incompetente o inadecuada en atención a los requisitos y condiciones legalmente establecidos, ésta deberá no cursar la solicitud ni integrar el tribunal arbitral que vaya a conocer de la cuestión, y deberá remitir, en su caso, al competente para conocer del asunto o plantear al solicitante quién es el competente para ello, a fin de que sea éste el que acuda a quien deba tramitar, gestionar y definir el órgano arbitral que conocerá de la misma.

Pero como defendido para el arbitraje en vía administrativa, el sistema de reparto competencial de las Juntas arbitrales de consumo no nos parece adecuado para el arbitraje administrativo, siendo que debiera fijarse

---

<sup>686</sup> Pueden verse a título ejemplificativo, las distintas Juntas arbitrales de consumo en [http://www.aecosan.mssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/ampliacion/Juntas\\_Arbitrales/juntas\\_arbitrales.htm](http://www.aecosan.mssi.gob.es/AECOSAN/web/consumo/ampliacion/Juntas_Arbitrales/juntas_arbitrales.htm)

un sistema de reparto de competencias tomando en consideración la sede del órgano que dictó el acto recurrido.

Aun cuando efectivamente hasta aquí hemos estado pronunciándonos acerca de la colegialidad del órgano arbitral competente<sup>687</sup>, debería contemplarse la posibilidad de que la controversia pueda ser resuelta por un órgano unipersonal, con idea de minimizar los costes, por razón de la cuantía del asunto y la falta de complejidad del asunto<sup>688</sup>. La opción por una u otra fórmula de actuación del órgano ofrece bondades y perjuicios, de manera que la colegiación indudablemente permite una aparente mayor necesidad de consensuar la decisión arbitral, conectando las plurales sensibilidades afectadas en el conflicto, y ese trabajo conjunto favorece una aparente mayor objetividad. Pero la propia experiencia en la jurisdicción contencioso-administrativo debiera servir para trasladar al arbitraje la confianza sobre ambos tipos de órganos (colegiados o unipersonales), y con ello, la unipersonalidad permite garantizar una mayor previsibilidad, agilidad en el desarrollo y una mayor identificación de quién debe asumir la responsabilidad de la decisión. En ambos casos entendemos que el sistema puede ser positivo y beneficiar, desde el buen hacer arbitral unipersonal o colegiado, la respuesta que pueda darse al finalizar el proceso.

Una cuestión que puede llegar a plantear algún debate en relación con el nombramiento del árbitro único es precisamente la de configurar

---

<sup>687</sup> Esta opción por el arbitraje colegiado fue la que se defendió en la articulación del texto borrador del Anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo, que en su artículo 8 abogaba por un órgano arbitral administrativo colegiado.

<sup>688</sup> El artículo 19 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo establece que conocerá de un asunto un órgano unipersonal cuando las partes así lo acordaren o cuando la cuantía del asunto sea inferior a 300 euros y la falta de complejidad del mismo así lo aconseje. Y añade que si las partes se oponen a la designación de un árbitro único se procederá a la designación de un órgano colegiado.

quién deba ser el que va a designarlo. En este caso, parece que el árbitro único será designado por la Administración de entre los árbitros acreditados que figuren en el registro, si bien cabría cuestionar por las partes esta designación, y podría configurarse un sistema en el que la contradicción en torno a su designación pudiera dar lugar a convertir la unipersonalidad en órgano colegiado, en cuyo caso el tribunal se formaría con tres miembros del elenco de árbitros acreditados.

Una de las cuestiones que resulta imprescindible considerar en la regulación futura de un posible arbitraje administrativo es la referente al estatuto del árbitro o árbitros que intervengan en el proceso arbitral administrativo. Es importante, por ello, valorar no solo la unipersonalidad o la colegialidad del órgano arbitral, sino también las características del árbitro, su integración en un elenco o registro público, el establecimiento de posibles condiciones a cumplir, así como los principios que deben predicarse respecto del desarrollo de su función, y especialmente su imparcialidad, su independencia y su neutralidad. El árbitro resolverá con efectos de cosa juzgada, como analizaremos *infra*, lo que significa, por tanto, que deberán respetarse al igual que sucede con los órganos jurisdiccionales, los principios esenciales que permitan garantizar una verdadera tutela del administrado.

La Exposición de motivos de la LA establece así, “*el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia*”. Es por ello, en consecuencia, que tanto la necesidad de ser independiente funcionalmente como de no guardar relación directa o indirecta con el objeto del

litigio ni con las partes en el mismo, deben ser predicables respecto de quienes ejercen la función arbitral. Habrá del mismo modo que analizamos al desarrollar las características del órgano arbitral administrativo equivalente o sustituto del recurso administrativo, que garantizar estos principios favoreciendo, en primer lugar, la posible abstención del mismo árbitro en el que concurren causas que puedan derivar en una posible concurrencia de parcialidad, o bien la recusación del mismo cuando, concurriendo expresamente alguno de los motivos enumerados legalmente, no se hubiere apartado el mismo árbitro de la causa arbitral, concediendo la posibilidad de la recusación a instancia de parte.

Si matizamos estos principios, debe entenderse en primer lugar que los árbitros serán independientes en cuanto puedan ejercer debidamente su potestad, con estricta sumisión al principio de legalidad<sup>689</sup>. La imparcialidad es una cualidad esencial de todo juzgador (juez o árbitro), que fue definida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 1 de octubre de 1982 en el caso *Piersack c. Bélgica*<sup>690</sup>, a cuyo tenor “*la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades*”, y “*se trata de averiguar la convicción personal de un juez*

---

<sup>689</sup> En este sentido, tanto MONTERO AROCA, J. como GONZÁLEZ MALABIA, S. recogen que este concepto de independencia proviene posiblemente de asumir por error el texto de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL de 1985, cuyo artículo 12 disponía: “*Motivos de recusación.- 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará, sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas. 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación*”, en *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit, pp. 739-746 y 846-853.

<sup>690</sup> Demanda núm. 8692/1979

*determinado en un caso concreto” confirmando que el juez “ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”<sup>691</sup>.*

En relación con la imparcialidad de los árbitros se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, entre otros en su Auto núm. 41/1993, de 29 de enero<sup>692</sup>: *“los árbitros no defienden los intereses de cada parte, sino que, designados por éstas, sólo buscan la solución que -en Derecho o en equidad- mejor proceda al asunto litigioso, todo ello, claro está, desde la obligada imparcialidad que de todo sujeto dirimente ha de predicarse y con la que entraría inevitablemente en pugna la concepción que del arbitraje se defiende en la demanda como una institución más próxima a la negociación de intereses encontrados que a la solución dirimente de conflictos”.*

Podría extrapolarse al arbitraje administrativo la misma regulación que la prevista en la LA, en el sentido de que el árbitro deberá revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad e independencia, pudiendo ser recusado si concurren en él dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones necesarias (es decir, si no tiene conocimientos especializados en la materia). Salvo acuerdo de las partes, el árbitro no podrá haber participado como mediador en el mismo conflicto.

Planteada la recusación, el árbitro recusado deberá decidir si renuncia a su cargo y en caso de no renunciar, será el presidente de la Junta

---

<sup>691</sup> MONTERO AROCA, J. analiza en detalle esta Sentencia en sus comentarios al artículo 17 de la LA, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, pp. 856-859.

<sup>692</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/15781>



arbitral quién resolverá sobre la recusación, previa audiencia del árbitro. En caso de recusación, una vez aceptada la misma, se procederá al llamamiento del árbitro suplente y a la designación de un nuevo árbitro suplente. El procedimiento quedará en suspenso mientras no se decida sobre la recusación. Si no prosperase la recusación planteada, la parte que la instó podrá hacer valer la recusación al impugnar en su caso, el laudo<sup>693</sup>.

Uno de los elementos que habrá que desarrollar en la futura norma arbitral será el de determinar las condiciones que pueden llevar a un experto o profesional a ser designado árbitro en un arbitraje administrativo. Podríamos pensar en una solicitud de quien esté interesado en ello y que reúna ciertas condiciones profesionales (años de dedicación a algún sector específico del Derecho administrativo, como abogado, magistrado suplente, magistrado excedente, profesor de universidad, etc). E igualmente podría pensarse en que cada dos años se efectuara una renovación de la lista de posibles árbitros. De este modo, se abriría con cierta periodicidad la puerta a nuevos árbitros que podrían contar con *expertise* en la materia, y, a la vez, cabría que quienes ya han desempeñado esta función y no pretendan continuar en la misma, puedan plantear su solicitud de abandono de la misma.

No ha sido ésta una cuestión pacífica en el sistema arbitral común. Así, comenzaba la LA/1988 estableciendo de modo genérico que “*pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*”, pero luego fijaba que cuando la cuestión litigiosa hubiere de resolverse con arreglo a Derecho, los árbitros debían ser “*abogados en ejercicio*”, lo que levantó no pocas

---

<sup>693</sup> Esta regulación es la contenida en el artículo 22 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

suspicias y movimientos que propiciaron una modificación del tenor literal.

La LA de 2003 flexibilizó aún más los requisitos para ser nombrado árbitro, eliminando la referencia a los supuestos en los que se exige resolver conforme a Derecho, y estableciendo en su artículo 13 que pueden ser árbitros “*las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión*”. En cualquier caso, en todo órgano arbitral deberá haber al menos un árbitro que ostente condición de jurista, a tenor del artículo 15.1 de la LA tras la modificación llevada a cabo en el año 2011: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista*”<sup>694</sup>.

El debate en torno a las condiciones que deben concurrir para ser árbitro en arbitraje administrativo no debe consistir en extrapolar sin más el que se generó a los efectos del arbitraje común, sino que debe valorar aquellos componentes propios de la función decisora administrativa que van a condicionar indudablemente las características o condiciones que habrá de respetarse en este contexto. Como quiera que la regla general en el arbitraje administrativo debiera ser la de resolver en derecho como ya indicado, nos parece necesario que quienes intervengan en estos supuestos

---

<sup>694</sup> Antes de la reforma del 2011, dicho apartado establecía una regla distinta: “*en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario*”.

de arbitraje administrativo sean juristas con conocimientos de Derecho, inclusive si hubiere algún supuesto en el que se llegare a resolver en equidad. Y la razón no es otra que los intereses que concurren, de alguna u otra manera, participan de la naturaleza pública indudablemente.

Ahora bien, ahondando un paso más, no bastaría solo que fueren juristas, sino que se requiere que tengan conocimientos en Derecho administrativo. Debe incidirse en esta especialización de los árbitros puesto que es ahí donde reside uno de los puntos fuertes del recurso a la institución arbitral frente a la jurisdicción contencioso-administrativa. Reiteramos una vez más que el arbitraje se diferencia por el grado de especialización de quién resuelve sobre la materia en cuestión. De ahí que los árbitros deberán poder acreditar experiencia o especialización sobre la materia. Y será precisamente esta especialización la que deberá tenerse en cuenta a la hora de designar a un concreto árbitro, dado que este resuelve conforme a sus conocimientos jurídicos y especializados, lo que configura una garantía de eficacia del propio arbitraje<sup>695</sup>. Recuérdese en este sentido, a título de ejemplo, el modelo arbitral creado para la CNMC y que enfatizaba la designación de árbitros tomando en consideración la materia a dilucidar<sup>696</sup>.

Cabe plantearse en primer lugar, ¿resulta necesaria la condición de abogado en ejercicio para ser árbitro en un arbitraje de Derecho administrativo? A nuestro entender no tiene sentido limitar la condición de árbitros únicamente a aquellos que ejercen la abogacía. Deberían admitirse como

---

<sup>695</sup> Así lo ha defendido ROSA MONTERO J., *El arbitraje administrativo*, cit., p. 120.

<sup>696</sup> Artículo 46 del 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.

árbitros también a aquellas personas que, sin ejercer la abogacía, son profesionales jurídicos de cierto prestigio y con conocimientos en materia administrativa, como, por ejemplo, profesores de universidad. No existe razón alguna que sustente que únicamente aquellos que ejercen la abogacía puedan ser árbitros en un arbitraje de Derecho administrativo (como tampoco la hay para ser árbitro en un arbitraje privado, pero eso es objeto de otros debates que nos son ajenos<sup>697</sup>). Y en el mismo sentido se muestra BUSTILLO BOLADO, que entiende que en un arbitraje con la Administración no resulta aceptable exigir que los árbitros sean “abogados en ejercicio”, puesto que resulta insuficiente y no es garantía suficiente. Debería exigirse que los árbitros tuvieran una mínima formación, o al menos especialización, para poder conocer de un determinado asunto<sup>698</sup>, y garantizar así el principio de especialidad en el arbitraje. Formarían parte de este elenco de profesionales aquellos que actúan en el ámbito del Derecho administrativo como profesionales liberales o incluso que hubieren intervenido en la Administración, pero se hallen excedentes (abogados del Estado, cuerpos de administradores civiles del Estados, letrados de las Cortes, funcionarios de categoría superior de habilitación local, etc.).

Resulta relevante también establecer un mínimo de años de ejercicio, tal como anunciamos anteriormente. En este sentido, durante la tramitación de la LA de 2003, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda para modificar el contenido del artículo 13 fijando la exigencia

---

<sup>697</sup> La propia Ley 11/2011 decidió abrir el abanico de profesionales que pueden ser árbitros, eliminando la exigencia de que fueran abogados en ejercicio. Puede verse GONZÁLEZ MALABIA, S., “Artículo 13” en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2 ed., pp. 730-731.

<sup>698</sup> BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos...*, p. 463.

adicional de al menos, cinco años de ejercicio interrumpido de la profesión o la especialización en la materia: “*cuando la controversia haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados con, al menos, cinco años de ejercicio ininterrumpido de la profesión o con la especialización en la materia a la que el arbitraje se refiera, acreditada por el Colegio de Abogados al que pertenezca o por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*”<sup>699</sup>. Dicha enmienda fue rechazada y no ha tenido virtualidad en la legislación de arbitraje común de la LA de 2003. Sin embargo, es indudable que resultó más que interesante su intento de incorporación, porque en el fondo reflejaba una realidad que se venía viviendo en algunas Cortes de Arbitraje, especialmente las institucionalizadas en las Cámaras de Comercio. En algunas de ellas para ser árbitro de la institución se exigen entre 10-15 años de ejercicio profesional, a los efectos de poder incorporar a personas con una ya larga trayectoria de la profesión jurídica o no, pero con experiencia hartamente demostrada.

Esta exigencia de acreditación de ejercicio profesional vinculado al Derecho administrativo durante un determinado número de años debiera, sin duda, incorporarse a la norma reguladora del arbitraje administrativo.

#### **4. Partes**

En el estudio de los sujetos del arbitraje administrativo, tras la referencia a los elementos y criterios que nos permitirían configurar el órgano arbitral en este arbitraje administrativo, hemos de dedicar las páginas siguientes a la configuración de las partes intervinientes. Así, el arbitraje

---

<sup>699</sup> Citado en GONZÁLEZ MALABIA, S. “Artículo 13”, cit., pp. 728-729.

administrativo como su propio nombre indica, implica que una de las partes sea el administrado o interesado, y la otra la Administración, los dos componentes subjetivos que podrán incorporarse como partes a este proceso arbitral.

Ahora bien, recordemos que no estamos ante la misma situación que analizamos en la primera parte de este Capítulo, es decir, no se trata de analizar las partes en un procedimiento administrativo, dado que aquel arbitraje era un equivalente al procedimiento administrativo, sino que estamos abordando en estos momentos el análisis de un proceso arbitral administrativo alternativo al proceso contencioso-administrativo.

En primer lugar, deberemos perfilar el concepto de administrado-interesado, como aquellos ciudadanos que se hallan vinculados por relaciones jurídicas con la Administración pública. Esa noción se ha venido a incorporar tanto en sede puramente administrativa como en sede contencioso-administrativa el término *interesado* al que se atribuye una posibilidad de intervenir y adquirir una posición jurídica en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo. Ese concepto de interesado se vincula a la idea de poseer un derecho o un interés legítimo, habiéndose extendido no solo a personas físicas sino también a jurídicas y no solo intereses individuales sino también colectivos, y no solo privadas sino también a personas o entes públicos.

En suma, entendemos que el concepto de administrado-interesado a estos efectos debe equipararse al de legitimación activa de la LJCA, que deriva de la existencia de un derecho o interés legítimo de la parte en el objeto de la pretensión, a cuya satisfacción debe servir el proceso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido la legitimación como la titularidad potencial de una posición de ventaja o utilidad pública por parte

de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta (entre otras STS 12 diciembre 2012 (rec. 887/2011)<sup>700</sup>, 5 de diciembre de 2012 (rec. 3/2012)<sup>701</sup>. Pero en todo caso, la legitimación activa no puede extenderse a los casos en que se trata de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, por lo que no basta una recompensa de orden moral o el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleve aparejado el cumplimiento de la legalidad (STS 20 enero 2012 (rec. 856/2008)<sup>702</sup>, 18 enero 2005 (rec. 22/2003))<sup>703</sup>. La legitimación tiene un amplio carácter casuístico, y así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 2005 (rec. 101/2004)<sup>704</sup>.

En segundo lugar, y puesto que estamos ante un proceso arbitral que como tal, exige la dualidad de posiciones que mantienen posturas encontradas, es la Administración la que integra la segunda parte o posición en el mismo.

Ahora bien, coincidimos con GARCÍA PÉREZ<sup>705</sup> sobre la necesidad de revisar la competencia para autorizar el arbitraje en algunas materias, como los bienes y derechos de la Hacienda Pública, que a día de hoy requiere de Real Decreto del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado. No deja de ser una técnica inoperativa y arcaica, un obstáculo para acceder realmente al modelo arbitral y una clara manifestación de la todavía generalizada desconfianza en los medios alternativos a la vía jurisdiccional cuando interviene la Administración.

---

<sup>700</sup> LA LEY 195581/2012

<sup>701</sup> LA LEY 197161/2012

<sup>702</sup> LA LEY 2032/2012

<sup>703</sup> LA LEY 916/2005

<sup>704</sup> LA LEY 240345/2005

<sup>705</sup> GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, cit., p. 78.

A nuestro parecer, podría eliminarse esta exigencia formal que obstaculiza no ya el acceso, cuanto la agilidad en su desarrollo, y que las condiciones para que la Administración sea parte en el proceso arbitral vengan de forma taxativa configuradas en la ley arbitral administrativa, en la que se establezcan expresamente aquéllas materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje, las reglas de conformación del órgano, los principios de actuación de las partes, y que desde la concurrencia de petición del interesado, el órgano administrativo accediera bajo los condicionantes marcados por la ley a actuar en el proceso arbitral.

En tercer lugar, en el arbitraje administrativo la parte activa será el administrado y la parte pasiva, la Administración. Muestra con ello una diferencia con respecto a las partes en un proceso arbitral común, pero ciertamente se asemeja al arbitraje de consumo. En el arbitraje administrativo hemos de pensar que el demandante serán los administrados-interesados y el demandado la Administración.

Finalmente, también en este modelo de arbitraje administrativo alternativo a la vía jurisdiccional debemos plantearnos si las partes pueden actuar por sí mismas o tienen que intervenir en el proceso arbitral mediante un representante.

En tal sentido, conviene realizar varias consideraciones:

Por un lado, se puede tener en cuenta el criterio sostenido en el arbitraje regulado en la LA. Así, el artículo 30 de la misma prevé que las partes puedan intervenir en ellas directamente o por medio de defensores o representantes. Es un criterio amplio, pero que obedece a una consideración no solo de que el arbitraje que es flexible y dinámico, que puede efectivamente ser sencillo de seguir y de actuar en él, sino también que la



consideración de las partes en el mismo permite sin lugar a dudas esta posibilidad.

Por otro lado, y tal como ya expusimos para el arbitraje en vía administrativa, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas prevé la intervención de los abogados del Estado en procedimientos arbitrales y otras reclamaciones extrajudiciales nacionales o internacionales, para representar al Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas dependientes de ellos y órganos constitucionales, previa autorización del titular del departamento, organismo público correspondiente, y con informe de la Dirección del Servicio Jurídico de Estado. Prueba de ello es que es la Abogacía del Estado la que está asumiendo de manera preponderante la representación del Reino de España en los arbitrajes de inversiones como los de las renovables a los que ya nos hemos referido con anterioridad en este trabajo. Estas disposiciones juegan de forma evidente y en el mismo sentido que desarrollamos en el arbitraje administrativo como equivalente del procedimiento administrativo, en relación a la parte Administración.

En cualquier caso, a nuestro parecer, el administrado que opta por el arbitraje administrativo en lugar de acudir al contencioso-administrativo, velará por sus propios intereses, y será quien determinará en su caso si se ve capacitado para defender sus intereses en un arbitraje por sí mismo o si considera que, ante la dificultad de la controversia derivada de la relación jurídica-administrativa, necesita de la asistencia jurídica externa de un experto o profesional del derecho con experiencia en el ámbito del derecho administrativo. Es decir, la solución del artículo 30 de la LA podría extrapolarse a la regulación del arbitraje administrativo cuando del administrado se tratare, no encontrando inconveniente a este respecto.

## 5. Procedimiento

El proceso arbitral administrativo que deberá regularse a través de la ley de arbitraje administrativo, como equivalente a la vía contencioso-administrativa, deberá regirse por los principios esenciales que rigen el propio proceso contencioso-administrativo. Las garantías que este proceso judicial y jurisdiccional otorga al administrado deben ser respetadas igualmente para ser lo que se pretende, un equivalente en todos los sentidos a la vía judicial.

### 5.1 Principios que rigen el procedimiento arbitral administrativo

Reiteramos, por tanto, que, si estamos defendiendo un modelo de “*equivalente jurisdiccional*”, no podemos aceptar la extrapolación al arbitraje administrativo de los principios previstos para los recursos administrativos, de lo contrario estaríamos únicamente ante un sucedáneo del proceso administrativo, pero en modo alguno ante un arbitraje propio.

Por lo que a los principios del proceso arbitral se refiere, como se ha estudiado en el Capítulo tercero, el artículo 24 de la LA establece que la sustanciación de las actuaciones deberá regirse por los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Estos son los principios básicos que deberán ser respetados taxativamente por las partes, debiendo tratar a las mismas por igual y otorgando a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Asumimos que, en un proceso contencioso-administrativo, sea judicial o sea arbitral, la desigualdad real entre la Administración y el administrado es palmaria. Pero lo que debe garantizarse en el proceso, en su actuación, en sus cargas, derechos y obligaciones, es que el trato recibido sea igual, ofreciendo las mismas garantías de defensa

a ambas partes en aras del artículo 24 CE. Todo cuanto se garantiza en el proceso arbitral común y todo cuanto viene garantizado en el proceso contencioso-administrativo debe considerarse en el proceso arbitral e integrar los principios-fundamento de la verdadera existencia de un proceso: dualidad de posiciones, contradicción-audiencia e igualdad.

Junto a estos principios que son la esencia del proceso, también es posible considerar los principios que rigen el procedimiento. En este sentido, la LA, como manifestación de lo que se viene denominando como norma *soft*, establece reglas y normas para el procedimiento arbitral que tienen carácter disponible, siendo no vinculantes para las partes, las instituciones arbitrales y los árbitros, en cuanto se permite la posibilidad de consensuar sus propias reglas para el procedimiento arbitral. En efecto, la LA prevé que las partes puedan delimitar de común acuerdo el diseño del procedimiento (plazos, oralidad o escritura, idioma, etc.) bien mediante el convenio arbitral, bien al inicio o a lo largo del procedimiento.

En todo caso, la LA precisa en su artículo 4 que cuando una disposición de la 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*”. Y añade en su artículo 25, que si ni las partes pactaren regla procedimental ni las instituciones hubieren desarrollado en sus reglamentos alguna de ellas, se entenderán aplicables la conformadas por los propios árbitros.

Entendemos que en el arbitraje administrativo estas normas procedimentales no debieran dejarse en manos de las partes, sino que debieran venir conformadas por la propia institución arbitral, siendo que se mantendrá la posibilidad de que administrado y órgano administrativo puedan pactar otras, si así lo acuerdan. Estamos ante un procedimiento arbitral

ciertamente, pero su regulación debe adecuarse al perfil administrativo que lo singulariza. A nuestro entender, no empaña en absoluto las bondades del arbitraje el hecho de que queden fijos en la norma administrativa los principios del procedimiento arbitral, e incluso que se pueda diseñar un modelo de arbitraje administrativo electrónico, con una plataforma que facilite las garantías del mismo y la necesaria equidistancia que el órgano arbitral deberá mantener a los efectos de decidir arbitralmente.

## ***5.2 Desarrollo de las actuaciones en el procedimiento***

Hemos de considerar que el desarrollo de un proceso arbitral, fuere de derecho privado o público, deberá efectuarse desde el respeto a los principios esenciales configuradores del proceso y desde las bases esenciales de alegaciones, audiencias saneadoras y delimitadoras del proceso (caso de que fuere oral), prueba, conclusiones y decisión del órgano. Desde esta estructura procesal no concurre impedimento alguno para servirse del procedimiento arbitral regulado en la LA para el arbitraje de Derecho administrativo. Es más, entendemos que las reglas procedimentales debieran ser las mismas que las recogidas en la LA, de modo que la ley específica que se dicte para arbitraje administrativo se limite a regular aquellas cuestiones concretas que debieran diferir de lo regulado para el arbitraje de Derecho privado, aplicando supletoriamente la LA para todo lo no específicamente regulado en la misma.

La menor duración de este proceso arbitral administrativo podría venir de la incorporación del principio de oralidad, concentración e inmediación en las actuaciones procedimentales y precisamente podría ser

de gran interés favorecer que tras las alegaciones de las partes se desarrollare una audiencia previa al juicio probatorio, que permitiera desde favorecer el consenso o pacto en todo o parte de las cuestiones de la controversia, pasando por la subsanación de posibles defectos o vicios procesales, además de delimitar el objeto del proceso y el objeto de debate, y con ello los medios de prueba de que intenten valerse.

La alternativa a esta audiencia previa sería la escritura, lo que indudablemente comporta una mayor duración del procedimiento, más complejidad, menos agilidad, más tecnicismo, y por supuesto una menor operatividad y eficiencia del modelo procesal.

Finalizada la audiencia previa, se procedería a la práctica de los medios de prueba que hubieren sido propuestos por las partes, aceptados por el órgano arbitral, y no consistieren en documental o informes, dado que éstos deberán incorporarse inicialmente con las alegaciones.

### ***5.3 Plazo para iniciar el proceso arbitral***

Una de las cuestiones más relevantes es el plazo de que dispondría un particular para decidir recurrir a la vía arbitral. Pues bien, como hemos indicado, entendemos que debiera ser el administrado quién decidiera si presenta su solicitud de arbitraje.

Este sistema debiera funcionar como el actual “pie de recurso” que contienen todos los actos administrativos y que identifican qué posibles recursos pueden interponerse contra el acto en cuestión. Así, dicho “pie de recurso” debería incluir adicionalmente la referencia a la posibilidad de recurrir a la vía arbitral en aquellas materias que hemos identificado como arbitrables, en el mismo plazo previsto para la interposición del recurso

que corresponda. Por ejemplo, frente a un acto administrativo ante el que quepa la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, el plazo para presentar la solicitud de arbitraje será también de dos meses. Se garantiza así que la vía arbitral constituya un verdadero equivalente a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que beneficie o perjudique al interesado en lo que al plazo para ejercer la acción refiere. Cuestión distinta es la duración del posterior procedimiento que como hemos subrayado, será mucho más breve en sede arbitral.

#### ***5.4 Lugar de celebración del arbitraje***

La LA establece en su artículo 26 que las partes determinarán libremente el lugar del arbitraje y a falta de acuerdo lo determinarán los árbitros a la vista de las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. Sin embargo, en el arbitraje administrativo parece más razonable aplicar un criterio equivalente al del arbitraje de consumo, que regula que el lugar de celebración del arbitraje será aquél en el que tenga su sede la institución arbitral competente o la delegación territorial de la misma<sup>706</sup>. Es decir, el lugar del arbitraje vendría determinado por el ámbito del órgano competente y no por un criterio del interesado, por lo que sí es importante la adscripción o dependencia orgánica de la institución arbitral en la Administración, quien gestionará la designación del órgano y el desarrollo propio del arbitraje en el lugar que corresponda.

---

<sup>706</sup> Artículo 55 Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

### 5.5 Costes del procedimiento

Toda actuación procesal genera costes. De este modo, igual que la actuación de las partes en un proceso contencioso-administrativo comporta gastos, el modelo arbitral administrativo también lo hace, añadiendo inevitablemente aquí la intervención de sujetos expertos, profesionales, que van a intervenir en el proceso arbitral concreto para el que han sido designados y recibirán honorarios por su intervención.

La primera cuestión que debemos plantearnos es quién debe soportar el coste del arbitraje y si debe mantenerse el principio de gratuidad que caracteriza a los recursos administrativos. Consideramos que no estamos ante un “equivalente administrativo”, sino ante un “equivalente jurisdiccional” y, por ende, entendemos que no resulta aplicable al arbitraje el principio de gratuidad que rige para los recursos administrativos, pero no para los recursos contencioso-administrativos.

Así, igual que ocurre en los procedimientos contencioso-administrativos en los que el tribunal decide en su sentencia a quién impone las costas del procedimiento, debería existir en la regulación del arbitraje administrativo un artículo similar al artículo 37.6 de la LA, a cuyo tenor: “*Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral*”.

La LJCA regula en el artículo 139 las costas procesales en el contencioso-administrativo. Hasta la modificación de dicho precepto por la Ley

37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, el principio general era la no imposición de costas en primera o única instancia en el orden contencioso-administrativo. Así, con la reforma del año 2011 se estableció que sí se impondrán las costas a la parte que “*haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que se aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*”. La imposición de las costas puede ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima. Si bien, dichas costas se establecen en conexión con la cuantía de los procedimientos, de conformidad con los baremos de honorarios de los Colegios Profesionales<sup>707</sup>..

En los supuestos de estimación o desestimación parcial, cada parte abona las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional razone lo contrario.

En este sentido, conviene recordar que las costas no son una reparación o un pago por el coste total del pleito a la parte vencedora, sino una “*compensación*” a esta por el hecho de haber acudido a los tribunales y haber obtenido una decisión favorable a su causa<sup>708</sup>.

En arbitraje, por su parte, las partes podrán intervenir en las actuaciones arbitrales bien ellas directamente, bien por medio de representantes<sup>709</sup>. Ello supone un abaratamiento de los costes del recurso

---

<sup>707</sup> Téngase en cuenta que el *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa* elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 2013 puso en evidencia la incertidumbre en la determinación de las costas de los procedimientos contenciosos y a la necesidad de establecer una cuantificación objetivada de las costas (p. 108 de dicho Informe).

<sup>708</sup> *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa*, Ministerio de Justicia, 2013, p. 107.

<sup>709</sup> El antiguo artículo 21.3 de la LA/1988 reconocía también la posibilidad de “*actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio*”.



a la técnica arbitral, puesto que la representación mediante abogado es potestativa. Deberían fijarse, por tanto, unos baremos por el órgano arbitral aplicables a la hora de calcular las posibles costas.

Este carácter potestativo tiene incidencia en las costas exigibles en el laudo, puesto que no existe ningún mecanismo para compensar que una de las partes acuda con representación y la otra se represente directamente (artículo 30.2 LA)<sup>710</sup>. En opinión de BARONA VILAR, la inclusión de los honorarios de los representantes en las costas del proceso arbitral “*refiere a aquellos supuestos en que el carácter preceptivo del abogado y del procurador ha sido pactado por las partes o establecido en los reglamentos de las instituciones arbitrales a las que acuden las partes para la resolución del conflicto. En tal caso, el carácter preceptivo obligaría a un pronunciamiento sobre estos conceptos en materia de costas en el arbitraje*”<sup>711</sup>. La autora plantea algunos supuestos en los que sería posible extrapolar las soluciones que ofrece el sistema procesal civil, y estar al caso por caso.

No puede obviarse que los costes de un arbitraje institucional serán siempre mayores a los de un arbitraje *ad hoc* puesto que como bien dispone el mentado artículo 37 el servicio prestado por la institución administradora del arbitraje tiene un coste. El arbitraje administrativo será siempre institucional. En caso de que la institución no estuviera adscrita a la Administración, sino que fuera una institución independiente, deberían establecerse unas tarifas. En cambio, si se optase por el modelo que ya

---

<sup>710</sup> Téngase en cuenta además que no existe el derecho a asistencia jurídica gratuita en el arbitraje, y que como apunta BARONA VILAR, el planteamiento de la asistencia gratuita de letrado en el arbitraje parece improbable por el momento. BARONA VILAR, S., “Art. 37”, en *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit., pie de página 75, pp. 1514.

<sup>711</sup> BARONA VILAR, S., “Art. 37”, en *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit., pp. 1511.

hemos comentado de una institución adscrita a la Administración estos gastos pueden obviarse, diverso es la referencia a los honorarios de los árbitros que sí habrían de pagarse, y de ahí la instauración de unos baremos oficiales.

Siguiendo a BARONA VILAR<sup>712</sup>, cuando el legislador arbitral se refiere a las “costas del arbitraje” no se está refiriendo a las costas procesales como tradicionalmente las conocemos, sino a los gastos derivados del proceso arbitral. Esta autora distingue los siguientes conceptos:

- (i) Gastos derivados de las actuaciones procesales en el caso concreto (por ejemplo, práctica de la prueba).
- (ii) Gastos del propio sistema arbitral (honorarios y gastos de los árbitros y de la institución arbitral).
- (iii) Gastos de cada parte (por ejemplo, los honorarios de los letrados).

Esto mismo sería extrapolable al sistema arbitral administrativo. Así, como el sistema de provisión de fondos que regula la LA en su artículo 21 y que prevé que las partes deberán consignar una provisión de fondos para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y de administración del arbitraje. Ahora bien, dada la presunción de liquidez de la Administración podríamos entender que la Administración como parte de un proceso arbitral administrativo quedaría exenta de cubrir la provisión de fondos –si por supuesto el administrado- lo que no es óbice a su posible condena en costas al finalizar el proceso arbitral.

---

<sup>712</sup> BARONA VILAR, S., “Art. 37”, en *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit., pp. 1506-1507.

Será por tanto el árbitro en su laudo quién disponga qué y a quién debe exigírsele el pago de las “costas”, pudiendo en su caso dividir las también entre ambas partes. Si esta cuestión suscita debate en los arbitrajes privados, no cabe menos que tomar consciencia de que no poco problema planteará en el arbitraje administrativo, en el que debería articularse mecanismos de cuantificación de dichas costas de manera que se limitasen las mismas, para no perder de vista los intereses en juego en las controversias administrativas y la necesidad de no desalentar a los interesados a recurrir a esta vía de recurso frente a la Administración.

### ***5.6 Referencia especial a las medidas cautelares en el proceso arbitral***

Hemos expuesto anteriormente que el desarrollo del proceso arbitral en Derecho administrativo puede tomar como referente el esquema de las actuaciones procesales en el arbitraje privado: las alegaciones, la posible audiencia saneadora y de delimitación del objeto del proceso, la prueba, las conclusiones y la decisión. Estas serían propiamente dichas las actuaciones que vendrían a componer el proceso de única instancia arbitral.

Ahora bien, es indudable, y ya ha quedado reconocido no solo en la legislación arbitral común española, sino en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que han seguido las pautas de los trabajos realizados en el seno de la CNDUDMI que desde que aprobara en junio de 1985 la Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje (norma soft) no ha parado de analizar cómo favorecer el arbitraje y cómo mejorar el proceso arbitral, que hay un componente del proceso arbitral moderno esencial para dar virtualidad y eficacia al sistema arbitral: la posible adopción de medidas cautelares.

Desde Naciones Unidas se ha venido trabajando en el Grupo II de Arbitraje para analizar el *statu quo* de los diversos países y efectuar propuestas que permitan, desde la adopción de estas medidas cautelares por los mismos árbitros, incorporar mayor efectividad en su desarrollo, pero sobre todo en la eficacia del cumplimiento del laudo arbitral en sus propios términos.

En este sentido, el legislador español de 2003 quiso clarificar la situación de la tutela cautelar en el arbitraje incorporando dos preceptos sobre las mismas: el artículo 23 y el artículo 8. Con ello se ponía fin a una situación de incertidumbre propiciada por la legislación anterior. El artículo 50 de la anterior LA/1988 no recogía la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante el desarrollo del proceso arbitral, sino que tan solo mencionaba la posibilidad de adoptar estas medidas mientras estuviere pendiente la anulación ante el órgano jurisdiccional. Esto provocó dos opiniones: quienes consideraban posible la adopción de medidas cautelares, pero en todo caso por el juez, y quienes consideraban que no podían adoptarse medidas cautelares en el proceso arbitral porque el legislador de 1988 había querido referirse solo a esta posibilidad, pero en la fase de conocimiento de la anulación judicial. Las Audiencias Provinciales se pronunciaron a favor de una u otra opinión, pero es que incluso quienes defendían la posibilidad de que se adoptaren medidas cautelares, encontraban el obstáculo legal de que no se permitía legalmente que fueren los árbitros, lo que de nuevo propiciaba opiniones contrarias: quienes consideraban posible que fueren los árbitros y quienes consideraban que sí era posible adoptar medidas cautelares en el proceso arbitral pero solo pidiéndolas al juez competente<sup>713</sup>.

---

<sup>713</sup> Un estudio amplio acerca de la situación, posibilidad, desarrollo, principios y efectos de las medidas cautelares en el arbitraje puede verse en BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2006.

Ante estas múltiples cuestiones que se suscitaron en torno a la viabilidad de la tutela cautelar, la LA de 2003 incorpora el artículo 23 que permite la adopción de medidas cautelares por los árbitros, y que convive a la perfección con el artículo 8, que enumera aquellas competencias que puede o debe tener el juez o los tribunales como colaboradores voluntarios o necesarios en el desarrollo del arbitraje. Los debates que se suscitaban anteriormente sobre la viabilidad y la competencia han quedado resueltos, y el hecho de que se soliciten medidas cautelares a un tribunal no supone en absoluto una renuncia tácita al arbitraje.

A los efectos de establecer las líneas fundamentales en la conformación y desarrollo de las medidas cautelares en el arbitraje regulado en la LA, debemos considerar:

1.- Que la competencia para adoptar medidas cautelares es tanto de los árbitros como de los jueces, estableciéndose las reglas de competencia en el citado artículo 8.

2.- Que es posible adoptar medidas cautelares *ante causam*, esto es, antes de que se haya iniciado el mismo proceso arbitral y siempre que concurren urgencia y necesidad que propicie esta vía, porque se ha venido incorporando en los reglamentos de las instituciones arbitrales la figura del árbitro de urgencia, que permite conocer antes de que se inicie el proceso arbitral propiamente dicho la petición de tutela cautelar.

3.- Que las medidas cautelares solicitadas dan lugar a un proceso cautelar que termina por laudo parcial<sup>714</sup> y es posible, aun cuando esté desarrollándose el proceso arbitral declarativo, plantear la acción de anulación contra el laudo parcial cautelar. Debe tenerse presente, en todo caso,

---

<sup>714</sup> Denominación del expositivo VII de la Exposición de Motivos de la LA de 2003.

que el órgano arbitral posee *autoritas*, pero no *potestas*, lo que implica en todo sistema democrático de derechos que los árbitros no pueden obligar al cumplimiento, sino que como ya hemos apuntado con anterioridad, hay que acudir a los Tribunales de Justicia para ello.

Extrapolando la regulación acerca de las medidas cautelares en el proceso arbitral al posible modelo de medidas cautelares en el proceso arbitral equivalente al contencioso-administrativo, podemos considerar:

1.- En primer lugar, no encontramos óbice a la dualidad competencial. Cabría que el órgano arbitral adoptase medidas cautelares o que se solicitaren del tribunal contencioso-administrativo. En este caso entendemos que dada la situación que se vive en sede contencioso-administrativa, o bien se modifica la regulación procesal contencioso-administrativa para atribuir carácter de resolución preferente a las medidas cautelares que se soliciten en el marco de un proceso arbitral administrativo pendiente, o debieran ser los mismos órganos arbitrales los que asumieren la decisión cautelar. En cualquier caso, debería quedar claro en la correspondiente ley de arbitraje administrativo.

2.- En segundo lugar, debería reconocerse la posibilidad de solicitar medidas cautelares *ante causam*, lo que debiera implicar que habrá que determinar en su caso, cuándo es posible, y si cabría adoptar medida cautelar por una figura de árbitro de urgencia o si deberán ser los propios tribunales.

3.- En tercer lugar, que se tenga en cuenta que, si se opta por la solución cautelar, la decisión que se adopte tendrá la forma de laudo cautelar (si viene del órgano arbitral) o de auto (si proviene de los tribunales). En el primer caso, el laudo cautelar es directamente ejecutivo y contra el

mismo solo es posible plantear anulación. Si fuere auto, cabe plantear los recursos que contra el mismo son posibles plantear en sede contencioso-administrativa.

4.- Repárese que la decisión cautelar deberá ejecutarse por los Tribunales de Justicia, en atención a las reglas específicas propias de la ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito contencioso-administrativo.

En el seno que nos ocupa resulta interesante tener en cuenta que la iniciación de un proceso de arbitraje administrativo no implicaría *per se* la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, igual que no la suspende la interposición de un recurso administrativo o contencioso-administrativo, si bien de forma cautelar cabría solicitarlo expresamente y que así lo acuerde el órgano arbitral administrativo o judicial competente.

Entendemos en todo caso que la viabilidad y sobre todo la importancia de la eficacia que ofrece la adopción de medidas cautelares en el seno de los conflictos administrativos debe llevar a que la futura norma administrativa arbitre el régimen jurídico adecuado para que garantice a los administrados su tutela cautelar.

## 6. Laudo

Como hemos expuesto para el arbitraje administrativo alternativo a la vía administrativa, el laudo que se dicta al finalizar el proceso arbitral puede ser total o parcial, según resuelva todas y cada una de las pretensiones planteadas por las partes o aborde únicamente alguna de ellas.

Mantener el término “laudo” evoca la naturaleza del proceso en el que estamos, de manera que resulta más esclarecedor que hablemos de laudo arbitral que de resolución arbitral, o de sentencia arbitral.

Igualmente, siendo consecuentes con lo que venimos defendiendo *supra*, en el modelo arbitral administrativo, salvo excepciones, los laudos que se dicten serán laudos en derecho y solo en supuestos específicos de acuerdo entre administrado-interesado y Administración cabría plantear la vía del laudo de equidad. En cualquier caso, sean laudos de derecho o sean laudos de equidad, se debe respetar siempre la exigencia constitucional de su motivación, como garantía del ciudadano.

Una de las cuestiones que merecen gran interés en la conformación de este modelo arbitral administrativo es la que se refiere al plazo para dictar el laudo, puesto que es este uno de los principales aspectos que pueden resultar de interés al administrado para recurrir al arbitraje en vez de a los tribunales. Así, un modelo arbitral con todas las garantías podría favorecer en los casos en que así se permita legalmente la búsqueda de una solución en un menor tiempo. La cuestión que surge es la de considerar qué plazo sería adecuado para los procesos de arbitraje administrativo.

Un criterio genérico pero modulable en atención a la materia podría ser el que se establece en la LA: seis meses para resolver la controversia. Es un plazo razonable, ciertamente, lo que no es óbice a la necesidad de que efectuemos matices al respecto.

Por un lado, podría configurarse este plazo genérico en la ley de arbitraje administrativo, pero con una serie de supuestos que permitirían su modulación, teniendo en cuenta el tipo de conflicto, que podría llevar a que en tres o cuatro meses pudiera estar resuelto, o bien que necesitare más



de seis meses en otros casos. Es evidente que la ley debiera quedar regulada de tal manera que permitiera ambas situaciones. Pero sí nos parece razonable que se fijara un plazo máximo para ello.

En segundo lugar, tan importante como fijar el plazo es fijar el *dies a quo*. En la LA, el plazo de seis meses comienza a contarse desde la fecha de presentación de la contestación o de la expiración del plazo para presentarla. Con ello, la etapa más costosa que es la de la conformación y presentación de las alegaciones quedaría fuera del mismo cómputo.

En tercer lugar, debería quedar expresado en la ley de arbitraje administrativo que no se debiera conceder eficacia al transcurso del tiempo sin laudo arbitral, o lo que es lo mismo, el silencio administrativo no podría darse en sede arbitral, igual que no existe la figura del silencio en los recursos contencioso-administrativos. Esto tiene una consecuencia muy clara: el no cumplimiento del plazo por el tribunal arbitral, sin hacer uso de una posible prórroga que debería también habilitarse en la ley bajo determinadas condiciones, debería dar lugar a responsabilidad de sus miembros. Podría asumirse en este sentido, la cláusula incorporada al artículo 37 de la LA por la reforma del año 2011, en virtud de la cual si expira el plazo sin que se haya dictado laudo definitivo, la validez del laudo dictado fuera de plazo no debiera verse afectada, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que pudieren incurrir los árbitros.

El laudo arbitral, sea total o parcial, que se dicte al finalizar el arbitraje administrativo, produce efectos de cosa juzgada, pudiéndose únicamente plantear la acción de anulación y la posible demanda de revisión en sede judicial contra las sentencias firmes, que analizaremos *infra*. Es por ello que, al igual que sucede en el laudo arbitral regulado en la

norma arbitral común, el mismo goza de fuerza ejecutiva desde que se dicta<sup>715</sup>.

## 7. Impugnación del laudo arbitral

Las posibilidades de que la jurisdicción ordinaria anule un laudo son limitadas. Como veremos en epígrafes posteriores, la propia naturaleza del arbitraje lleva a excluir una segunda instancia que pueda entrar a revisar el fondo del asunto. Sin embargo, en el arbitraje común existen motivos tasados por los que impugnar un laudo arbitral y obtener en su caso, la anulación total o parcial del mismo (título VII de la LA), fácilmente extrapolables al ámbito administrativo.

Téngase en cuenta que como ha venido reiterando el Tribunal Supremo *“lo característico del arbitraje típico, como equivalente jurisdiccional, es precisamente el cierre de ese acceso, de modo que la jurisdicción no puede sustituir al árbitro en la decisión del conflicto confiado a la de ese, ni enjuiciar su laudo, restando solo a aquella unas facultades de control externo, y no de fondo, a través del recurso de revisión o nulidad”* (entre otras, STS 2 enero 1996 (rec. 677/1994)<sup>716</sup>).

---

<sup>715</sup> Destacamos en este sentido, SAP Madrid de 24 julio de 2009 *“seguimos insistiendo en que el laudo firme de condena es título que lleva aparejada ejecución (artículos 517.2.2º de la L.E.C.) estando equiparado a una sentencia o auto judicial ejecutable, debiendo el Juez despachar ejecución, en todo caso, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal, los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (artículo 551 LEC y 55.2 LA) y haya transcurrido el plazo de veinte días a que se refiere el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil”*, citada en BARONA VILAR, S., “Art. 43”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., p. 1826.

<sup>716</sup> LA LEY 2750/1996

En efecto, el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación<sup>717</sup>.

La regulación recogida en la LA resultaría extrapolable al régimen del arbitraje administrativo. Debería conformarse, por tanto, un listado de motivos tasados por los que podría impugnarse un laudo arbitral, puesto que, si el laudo adolece de algún vicio, en virtud del derecho a una tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución Española debe permitirse a las partes poder impugnarlo. Pero no tendría sentido permitir una revisión del laudo arbitral fuera de estos límites bajo el paraguas del artículo 106 de la CE, puesto que entonces no estaríamos ante un auténtico arbitraje sino ante una vía intermedia que indefectiblemente acabaría llevando a una resolución judicial buscada por la parte no conforme con el laudo arbitral. En arbitraje administrativo, igual que ocurre en el privado, el ejercicio de la acción de anulación debe estar limitada a la existencia de vicios externos, pero excluyéndose la acción de impugnación basada en cuestiones de fondo, aunque especial relevancia cobrarían en Derecho administrativo los motivos de orden público o de que se hubiera resuelto sobre una materia no disponible.

La LA distingue entre laudos extranjeros y laudos dictados en España. En función del carácter nacional o internacional del arbitraje, la LA prevé distintas acciones de ataque frente a un laudo en España. A nuestros efectos, y especialmente por lo que respecta al régimen que aplicaría en el caso de los arbitrajes administrativos con sede en nuestro país, centraremos el análisis en la regulación dispuesta en la LA para los laudos nacionales.

---

<sup>717</sup> Artículo 43 de la LA.

Para los laudos dictados en España, los artículos 40 a 42 de la LA regulan la acción de anulación.

El artículo 41 de la LA establece los siguientes motivos para solicitar la anulación del laudo, en un plazo de dos meses desde su notificación, o en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del mismo, desde la notificación de la resolución sobre dicha solicitud:

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) 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.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

El propio precepto establece que los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) 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; y por su parte, en los casos previstos en los párrafos c) y e) 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.

Por lo que respecta a los efectos produciría la anulación del laudo, seguimos a BARONA VILAR<sup>718</sup> que diferencia los efectos según el motivo de los antes expuestos que da lugar a la anulación:

- a) En el caso de que no exista convenio arbitral o éste sea válido, el arbitraje está viciado desde sus inicios y, por ende, se produciría la nulidad de todo el proceso arbitral, teniendo el arbitraje como no realizado. Ello podría dar lugar a recurrir a la vía judicial o bien decidir comenzar un nuevo proceso arbitral con el debido convenio arbitral.
- b) En caso de indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que han impedido a una de las partes hacer valer sus derechos, la autora incide en que el arbitraje es de instancia única y que, por ende, no se produce retroacción de las actuaciones al momento de la falta. Por tanto, las partes pueden decidir volver a iniciar la vía arbitral, y en todo caso, la nulidad no afecta al convenio arbitral entre las partes que seguirá rigiendo para futuras disputas surgidas de la relación jurídica referida.
- c) La anulación porque los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión no afecta a todo el arbitraje, sino que la anulación afectará únicamente a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas al árbitro sobre las que éste se ha pronunciado.
- d) Para el caso en que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se hubiera ajustado al acuerdo de las partes, o en caso

---

<sup>718</sup> BARONA VILAR, S., “Art. 41”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 1767-1770.

de falta de acuerdo, a lo previsto en la ley, la anulación afectará a todo el proceso arbitral, pudiendo volver a plantear un arbitraje, y no afectando a la validez del convenio arbitral.

e) Respecto de la anulación porque los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, la declaración estimatoria de la anulación supone bien entendido, la nulidad de todo el arbitraje. Obviamente no puede volver a instarse un arbitraje puesto que la materia no es arbitrable, pero quedaría abierta, en su caso, la vía judicial.

f) Si se anula el laudo por entenderlo contrario al orden público, se invalida todo el proceso arbitral, pero queda pendiente la posibilidad de volver a plantear la cuestión en sede arbitral, siempre y cuando no quede afectada la validez del convenio arbitral.

Algunos de estos motivos previstos en la LA no tendrían virtualidad en un posible arbitraje administrativo. Por ejemplo, en el arbitraje administrativo no existiría convenio arbitral por lo que el motivo a) del artículo 41 de la LA no sería aplicable, sino que debería cambiarse por un posible motivo ligado a vicios en la solicitud de arbitraje. De igual modo, defendemos que en arbitraje administrativo no podrían pactarse las normas de procedimiento por las partes por lo que dicha referencia contenida en el motivo d) también debería quedar suprimida. Especial relevancia tendría, sin embargo, el motivo relativo a que se hubieran resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Por lo que respecta al procedimiento de la acción de anulación, el artículo 8.5 de la LA dispone que *“para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado”*. En

el caso del arbitraje de Derecho administrativo, debiera ser por equivalencia, competente la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se hubiere dictado el laudo.

Sentada la competencia, el artículo 42 de la LA regula que se presentará una demanda, acompañada de los documentos justificativos de su pretensión, del convenio arbitral y del laudo y en su caso, proponiendo medios de prueba. El Secretario Judicial dará traslado de la misma a la otra parte, que tendrá 20 días para formular su contestación a la demanda, debiendo proponer también sus medios de prueba y presentando cuántos documentos entienda relevantes. Contestada la demanda, el Secretario Judicial citará a la vista, si así se ha solicitado en la demanda y contestación, y en caso contrario el Tribunal dictará sentencia, sin más trámite. Dicha sentencia no será recurrible.

Dicho esquema procesal se corresponde con el del juicio verbal de la LEC, pero bien pudiera asimilarse al procedimiento de un recurso contencioso-administrativo, aunque con matices y a salvo de lo referido a la firmeza de la sentencia que se dicte.

## **8. Vías de recurso**

El proceso arbitral, desde sus orígenes, era un proceso con una única instancia. Justamente una de las fortalezas del arbitraje reside en que no es necesario validar la decisión adoptada en una segunda instancia o en una segunda decisión. Y ello por cuanto que quien resuelve es experto en la materia, profesional que conoce y resuelve. Este es uno de los aspectos primordiales enfatizado por los que defendemos la instauración del arbitraje en Derecho administrativo.

Es cierto que como expuesto en el Capítulo tercero, el tema de la segunda instancia se encuentra de actualidad, siendo que algunas cortes arbitrales españolas lo admiten, pero no se trata de una opción generalizada.

Plantear la posibilidad de desconfiar de quien resuelve y abrir la veda a una segunda instancia minaría las oportunidades de que el recurso a la vía arbitral encontrara un hueco como medio alternativo a los Tribunales, eficaz para resolver las controversias surgidas de relaciones jurídicas con la Administración.

Por tanto, consideramos que no debiera existir la posibilidad de una segunda opinión o de una segunda instancia en los arbitrajes administrativos, apostando por dar seguridad a los administrados acerca de la decisión que se adopte en sede arbitral, por un profesional experto en la materia objeto de disputa.

Téngase presente que como ya hemos referido en Capítulos anteriores, la renuncia al ejercicio de cualquier acción de revisión del laudo dictado ha sido declarada compatible con el ejercicio de la tutela judicial efectiva por el Tribunal de Derechos de Estrasburgo<sup>719</sup>.

---

<sup>719</sup> Sentencia 1 de marzo de 2016, asunto *Tabbane c. Suisse*.



## CONCLUSIONES

PRIMERA. - Un análisis histórico del ordenamiento jurídico administrativo permite constatar que el modelo jurídico consagrado para la resolución de los conflictos administrativos ha venido asentado en el principio de prohibición de la resolución de los conflictos administrativos por un tercero que no fuera un juez. Un principio que se justificaba en la necesidad de garantizar por y desde el Estado la solución a unos conflictos en los que las personas y los intereses en juego sirvieron como componentes esenciales que justificaban la indisponibilidad, el principio de legalidad y el de autotutela. La legalidad es el marco en el que debe moverse toda actuación administrativa, y de la misma deriva la autotutela administrativa como una ventaja o privilegio referido a las relaciones de la Administración con otros sujetos. La tutela judicial viene, por tanto, impregnada por el propio objeto de tutela, que, en el caso del Derecho administrativo, viene condicionado por la autotutela de la Administración.

Sin embargo, en las últimas décadas el legislador ha ido incorporando, lenta pero imparablemente, mecanismos negociales en el seno de la propia Administración, con su correspondiente influencia en los cauces de resolución de los conflictos en las relaciones jurídicas con ésta.

A este respecto, conviene destacar que ya en 1992 el legislador español decidió recoger expresamente en la LRJPAC una previsión que permitiera sustituir los recursos administrativos ordinarios por otros procedimientos de resolución de conflictos, como la conciliación, la mediación y el arbitraje. Probablemente una mera declaración programática en aquél momento, pero significativa a la postre, en cuanto al reconocimiento de la posibilidad de estos mecanismos. Ciertamente la

realidad se alejó de los buenos propósitos del legislador y no hubo desarrollo de esta norma, ni tampoco una voluntad real de los operadores jurídico-administrativos de llevar a la práctica la misma. En cualquier caso, es indudable que la LRJPAC suponía de partida un signo simbólico de que algo podía cambiar en sede administrativa, aun cuando lo fuere desde un punto de vista más intencional que real.

Amén de la LRJPAC, merece igualmente destacarse el fenómeno presenciado a lo largo de estas últimas décadas, de la proliferación de arbitrajes sectoriales, aunque ciertamente con indudable asimetría entre estos diversos cauces, incluso en su propia naturaleza. Este dato nos permite confirmar que nos hallamos ante una nueva realidad administrativa, en los contenidos y en la forma, y tras ella, también la manera de solucionar los conflictos existentes ha venido exigiendo una perspectiva diversa, nuevos cauces, nuevos agentes y nuevos instrumentos.

Especialmente remarcable, en línea con esta nueva visión del arbitraje y de su posible incorporación en el ámbito administrativo, fue la presentación de un borrador de texto normativo en el año 2001 que ofrecía la regulación precisamente del arbitraje administrativo, si bien no pasó de ser borrador de anteproyecto. Pese a ello, es indudable que, casi una década después de la aprobación de la LRJPAC, se mantenía vivo el interés por conformar un modelo arbitral en materia administrativa. Es por ello que el texto en sí constituye una muestra irrefutable de que la incorporación del arbitraje para la resolución de conflictos administrativos es una cuestión que viene planteándose en nuestro país desde hace tiempo, aun cuando todavía sin éxito, y que el actual engranaje legal y constitucional

de nuestro país ofrece un punto de partida suficiente para la posible incorporación a nuestro ordenamiento del recurso al arbitraje en materias de Derecho administrativo.

SEGUNDA. - Si bien la evolución de las últimas décadas legislativas en España ha permitido constatar que el arbitraje puede tener un encaje en el marco de las soluciones de conflictos administrativos, el primero y más importante de los análisis que hay que realizar es precisamente el de determinar si la actual configuración constitucional permite incorporar el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos con la Administración. La respuesta positiva viene avalada por los siguientes argumentos:

Por una parte, el propio Tribunal Constitucional ha calificado en reiteradas ocasiones al arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*”, con las mismas garantías que la jurisdicción ordinaria. Un equivalente jurisdiccional que no tiene por qué restringirse a lo que podríamos considerar como el sector privado o económico.

Por otra, la interpretación e integración de los artículos 103, 106 y 117 de la Constitución debería llevarnos a considerar que debe garantizarse que ningún ámbito de la actuación de la Administración quede exento de control. Esto es, cuando estos preceptos hacen referencia a los tribunales ello no debe entenderse como excluyente o exclusivo, o lo que es lo mismo, no existen óbices a considerar la posible incorporación de otros cauces de resolución de controversias administrativas. La Constitución no ha limitado los instrumentos procesales que pueden servir para fiscalizar la actuación de la Administración, lo que permite abrigar expectativas de ampliación de otros cauces de tutela.

Ahora bien, si se asume la máxima de que lo que no se excluye no debe quedar excluido, no debe significar, empero, que se admita de forma abierta el arbitraje en la Administración y mucho menos que se acepte que el arbitraje pueda sustituir a la misma Administración, de la misma manera que un juez no puede sustituir a la Administración. Es por ello que consideramos que lo realmente importante es y debe ser el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos y la plena fiscalización de la actuación administrativa. Y en este sentido, priorizar el arbitraje, frente a la vía jurisdiccional, podría en ciertos casos aportar indudables ventajas para el administrado, esto es, principalmente, la rapidez y la especialización por parte de quiénes resuelven, a sabiendas de que, en otros casos, no es ni debiera ser la vía más recomendable.

TERCERA. - Si existe fundamento para poder configurar un modelo arbitral en el ámbito de los conflictos con la Administración, bien es cierto que el ejercicio de prerrogativas públicas por parte de la Administración y su especial posición como garante del interés público abocan en la necesaria conclusión de que no toda controversia con la Administración es susceptible de ser resuelta mediante arbitraje, debido esencialmente a la naturaleza indisponible de gran número de estas materias.

Es innegable que uno de los principales obstáculos que se han esgrimido a lo largo de la Historia para la aceptación del recurso al arbitraje en materias de Derecho administrativo ha sido precisamente la aceptación de la arbitrabilidad de las controversias. No es posible afirmar, en este punto, que todas las controversias administrativas sean indisponibles, como tampoco es posible afirmar las grandes bondades del arbitraje y su aplicación al Derecho administrativo sin dificultades, que las tiene. En consecuencia, asumida la premisa previa de que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico

la implementación del arbitraje es posible como cauce de resolución de disputas con la Administración, habrá, sin embargo, que establecer los límites al ámbito material del mismo.

En primer lugar, y en atención a la naturaleza que le es propia, desde un punto de vista negativo o excluyente, deberían quedar totalmente excluidas de sometimiento a arbitraje: (i) la impugnación directa de disposiciones de carácter general, (ii) los actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas, (iii) la acción pública, (iv) el ejercicio de funciones de autoridad, (v) todas aquellas materias excluidas *ex lege* de transacción o arbitraje. La naturaleza claramente indisponible de las relaciones jurídico-administrativas que pueden derivarse de este elenco de materias ofrece argumentos para su exclusión.

Por su parte, podríamos identificar, sin embargo, algunas materias que podrían considerarse como disponibles y en consecuencia plantearse *a priori* como con posibilidad de ser objeto de resolución en sede arbitral: (i) las susceptibles de transacción o terminación convencional, (ii) la fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates, (iii) la ejecución e interpretación de los contratos, siempre que no afecte al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, (iv) la aplicación de los convenios, (v) la inactividad de la Administración, la vía de hecho y el silencio administrativo, (vi) la ejecución de medias en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración. Abogamos en todo caso, por una lista *numerus apertus*, con una referencia abierta a la posibilidad de arbitraje en todas aquellas materias para las que se establezca expresamente en una ley, y ello por cuanto la misma permitiría la moldeabilidad y adaptabilidad a las circunstancias concretas sin necesidad de una norma que alterase o, en

su caso, concretase la posibilidad de parcelar también en sede excluyente algún sector que pudiera llevarse a un sistema arbitral a efectos de resolución.

CUARTA. - Al regular el arbitraje en el marco de los conflictos con la Administración es posible referenciarlo y regularlo –de forma asimétrica por lo que es y lo que significa, por los efectos que produce y por los cauces de los que son alternativos- a través de dos tipos de arbitraje: por un lado, el arbitraje alternativo o equivalente a la vía administrativa y el arbitraje alternativo o equivalente a la vía jurisdiccional. Son dos posibles modalidades de arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo, si bien el grado de discusión acerca de su viabilidad es diversa.

El arbitraje como cauce equivalente a la vía administrativa no debiera plantear problemas prácticos a la luz de la previsión ya contenida en la LPAC, que acoge esta realidad. Su marco jurídico es claro y, por ende, habría que potenciar su desarrollo con la determinación de las condiciones, límites y efectos.

Cuestión diversa es, sin embargo, la posible configuración de un arbitraje propio –entendido por propio en el sentido y significado que se otorga en la institución arbitral *per se*, como alternativo-, equivalente jurisdiccional, resulta más compleja a la luz del actual marco legislativo, puesto que requeriría modificaciones por parte del legislador para dar amparo a esta vía de recurso. Y, además, aceptar su viabilidad con carácter general –posición que no mantenemos- supondría un cambio en la concepción política que implicaría la transformación total de la función de la Administración y del Estado –minimizando al Estado mismo-, el replanteamiento de la tutela efectiva y una revolución en la solución de conflictos

jurídicos –que podría ser altamente criticable según el modelo que se adoptase por el posible alto grado de privatización o derivación hacia instituciones desvinculadas de la Administración- que hoy no parece pensable ni tan siquiera adecuada.

Tomando en consideración la posibilidad del arbitraje como equivalente a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero atendiendo simultáneamente a los óbices que concurren, podría ser conveniente y adecuado incorporar el arbitraje administrativo en dos tiempos: un primer tiempo en el que aprovechando el artículo 112.2 de la LPAC se lleve a cabo un desarrollo normativo posterior para dar virtualidad práctica al arbitraje como alternativa a la vía administrativa, penetrando así entre los operadores jurídicos, la sociedad, e incluso la propia Administración la idea de que el arbitraje puede ser una vía alternativa eficaz y fiable para resolver los conflictos administrativos. Y tras ello, podría hipotéticamente avanzarse hacia el ideal de configuración de un arbitraje administrativo alternativa a los tribunales de justicia. Ambos modelos arbitrales tendrían elementos comunes, como las materias susceptibles de arbitraje o la innecesariedad de convenio arbitral, pero también especificidades propias, identitarias de ambos que los diferenciarían.

Y lo cierto es que la incorporación del arbitraje administrativo impropio, previo a la vía jurisdiccional, reforzaría los cauces administrativos, en generalizada decadencia, mejorando la tutela del administrativo, y no solo aportando agilidad a los cauces administrativos, sino también llevando a cabo una labor preventiva de futuros contencioso-administrativos. En efecto, frente a la falta de eficacia de la actual vía administrativa, el arbitraje administrativo podría otorgar una respuesta adecuada en una primera instancia, que conllevarse, incluso, la innecesariedad de acudir a un

posterior recurso en vía jurisdiccional. Todo ello sin perjuicio de una posible adaptación de la LJCA en algunos preceptos, de manera que conectase también la institución del arbitraje administrativo con el proceso contencioso-administrativo y con los tribunales administrativos.

QUINTA. - En relación con lo expuesto al final de la conclusión anterior respecto de los posibles elementos del modelo arbitral previo a la jurisdiccional, debido al propio tenor del actual artículo 112.2 de la LPAC el desarrollo de dicha previsión debiera llevarse a cabo por una ley formal estatal, que fijase el mínimo común del procedimiento arbitral. Cuestión diversa es las normas complementarias que pudieren desarrollarse tras la legislación específica en materia de arbitraje en Derecho administrativo, que podrían regularse por medio de Real Decreto de desarrollo de la Ley.

SEXTA. - Como ya hemos referido, el ideal del arbitraje como equivalente a la vía jurisdiccional no resulta asumible con el actual modelo de Justicia administrativa de nuestro país. Si bien entendemos que, con el tiempo, y tras la posible experiencia exitosa de un modelo de arbitraje impropio, previo a la vía jurisdiccional, podría llegar a plantearse en nuestro ordenamiento la incorporación de la institución arbitral como mecanismo alternativo a los tribunales de justicia, que gozase de su propia ley reguladora, aunque con una remisión a la normativa de arbitraje común para lo no previsto expresamente en la misma.

En cualquier caso, la configuración de un modelo arbitral alternativo a la vía jurisdiccional debería diseñarse con el debido respeto a la transparencia y la publicidad que da un modelo de tutela judicial público, garante de los derechos del ciudadano y de la Administración, y por tanto, el modelo arbitral no puede suponer la puerta a la privatización de las relaciones



jurídicas públicas, lo que podría entenderse como la aniquilación de un modelo de Estado protector y tutelador de sus ciudadanos.

Los nuevos tiempos que vivimos requieren mejorar el modelo de solución de conflictos con la Administración, eso es indudable, y es posible que en ese modelo se incorpore también el arbitraje como una forma de tutela efectiva más allá de la Administración y más allá de los tribunales. No se trata de remplazar el modelo de Justicia administrativa actual por uno nuevo, con otros cauces de resolución de conflictos, sino de articular las vías ya existentes (administrativa y judicial) con nuevos cauces que permitan ganar tiempo, eficacia y justicia. Somos sabedores de que el diseño y articulación de ese nuevo modelo de Justicia administrativa resulta complicado, pero no es imposible. Para su conformación debe partirse de la experiencia arbitral favorable en otros ámbitos del Derecho y de la necesidad de buscar estos otros cauces de resolución de controversias también en las relaciones con la Administración, haciendo uso de aquellas previsiones y modelos ya existentes en nuestro ordenamiento que bien pueden servir de inspiración al legislador.



## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR OLIVARES, Y., “El arbitraje de consumo: evolución y régimen actual”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 15, 2014.

AGULLÓ AGÜERO, A., “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona y la resolución de recursos municipales”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *La Justicia Tributaria y el Defensor del Contribuyente en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

ALVARADO ANDRADE, J.M., “Sobre el Derecho Público Iberoamericano: a propósito del Tratado de Derecho administrativo de Allan R. Brewer-Carías”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, Madrid, enero-abril 2014.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., GARCÍA FERRER, J.J., *Las quiebras de los principios de separación de poderes y de autonomía territorial: un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Consejería de Presidencia, 2000.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La capacidad normativa de los sujetos privados”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 99, 1998.

Ídem, “Las perspectivas de futuro del derecho público: la formación del derecho público europeo y la armonización de los derechos públicos nacionales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010.

ARIÑO ORTIZ, G., “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172, Madrid, enero-abril 2007.

Ídem, *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Madrid, Comares, 2001, 2ª ed.

ARROYO YANES, L.M., “La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa”, en ZAMBONINO PULITO (Dir.), *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2010.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Alternativas a la solución judicial de los conflictos competencias en materia de defensa de la competencia”, *Revista de Administración Pública*, núm, 164, Madrid, mayo-agosto 2004.

ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, “La continuité constitutionnelle en France de 1789 a 1989”, *Economica*, Paris, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1990.

AUBY, J-B., “Globalización y descentralización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, Madrid, septiembre-diciembre 2001.

AUBY, J.M., *L’arbitrage en matière administrative*, Paris, A.J.D.A, 1955.

AUDIT, M., *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

AVILÉS NAVARRO, M., *La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo: evolución hacia una nueva realidad*, Madrid, Universidad Carlos III. Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez, 2015.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

BALLBÉ, M., “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007.

BARNES VÁZQUEZ, J., et. alt., *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006.

BARNES VÁZQUEZ, J., “La tutela efectiva en la *Grundgesetz* (art. 19.IV)” en BARNES VÁZQUEZ, J. (Coord.), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado* (coord. Barnés), Madrid, 1993.

*Ídem*, *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2008.

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

*Ídem*, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

*Ídem*, “Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

*Ídem*, “Fomento de las ADRs en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)”, *Revista Sequència*, núm 51, 2005.

*Ídem*, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

*Ídem* (Dir.), *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2007.

*Ídem*, *El proceso penal desde la Historia*, en prensa.

*Ídem*, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2006.

*Ídem*, “Qué y por qué la mediación”, en ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E. (Coords.), *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal*

*e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Madrid, Ed. Difusión Jurídica, 2013.

Ídem, “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”. Luces y sombras en Europa”, *InDret*, octubre 2014.

Ídem, “La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Pamplona Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

Ídem, “Arbitraje, elemento de tutela esencial en el Derecho Procesal”, en MENDOZA DÍAZ, J. (Coord.), *Panorama del Derecho procesal cubano*, Estudios Latinoamericanos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Ídem, “Arbitraje en el modelo de Justicia español del Siglo XXI”, en *Derecho Arbitral* (Obra colectiva dirigida por F. García Ascencios), Arequipa, Perú, Ed. Adrus, 2013.

Ídem (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

Ídem, “Introducción”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

Ídem, “Art. 37”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

Ídem, “Artículo 41”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

Ídem, “Artículo 43”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C., “Presentación”, *Legislación básica de arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 4ª ed.

*Ídem*, “ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century”, en *Global Perspectives on ADR* (Carlos Esplugues y Silvia Barona eds), Cambridge, Intersentia, 2014.

BAUER, H., “Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?”, *Die Verwaltung Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, vol. 25, 1992.

BELANDO GARIN, B., “El supuesto arbitraje administrativo de la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, *Diario La Ley*, núm. 7504, Madrid, noviembre 2010.

*Ídem*, “La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012.

*Ídem*, “La mediación administrativa desde la perspectiva de los letrados”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 13, 2014.

*Ídem*, “Disposición Adicional Única”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2011, 2ª ed.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Una apuesta por la mediación administrativa”, Pamplona, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 3/2014.

BERIZONCE, R.O., “Virtualidad y proyecciones del movimiento de acceso a la Justicia”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm 6, 2012.

BERMEJO VERA, J., “El marco jurídico del deporte en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 110, 1986.

BETANCOR, A., *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

*Ídem*, “La Comisión Nacional del Mercado de Valores como Administración independiente”, en JIMÉNEZ-BLANCO, G. (dir.), *Derecho de la Regulación económica. El mercado de valores*, Madrid, Iustel, 2009.

*Ídem*, *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BETANCOR, A., SALAS, J., "La incidencia organizativa de la integración europea en la Administración española", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, mayo-agosto 1991.

BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la Institución del Ombudsman*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

*Ídem*, “De las ADR a las ODR en los conflictos de consumidores bancarios”, en BARONA VILAR, S., (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

BLASCO ESTEVE, A. (Coord.), *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2011.

BOBBIO, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1975.

BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

BORRAJO INIESTA, I. en “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, abril-junio 1993.



BOUMAKANI, B., “La Médiation dans la vie administrative”, *Revue du droit Public*, num. 3, 2003.

BUIGUES OLIVER, G., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, Madrid, Montecorvo, 1990.

BURDEAU, F., *Histoire du Droit administratif*, Paris, PUF, 1995.

BURGER, W.E., “Isn’t There a Better Way?”, *68 ABA Journal* 274, marzo de 1982.

BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Pamplona, Aranzadi, 2004, 2ª ed.

BUSTO LAGO, J.M., *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, 2ª ed.

CAILLOSSE, J., “Le manager entre dénégation et dramatisation du droit”, *Politiques et management public*, vol. 11, 1993.

CALAMANDREI, P., *Processo e Democrazia*, Padua, CEDAM, 1954.

CANAL MUÑOZ, J., IBAÑEZ BUIL, P., “El arbitraje en el Derecho administrativo”, *Actualidad Administrativa*, Madrid, La Ley, 2000.

CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide Access to Justice Movement”, *Modern Law Review*, vol. 56, 1993.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B., “Access to Justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective”, *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978.

CARBALLO MARTÍNEZ, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero 2013.

CARBONELL, E., MUGA, J.L., *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, 1996.

CARDENAS, F., “Del Consejo de Estado y del proyecto presentado al Gobierno para su establecimiento”, en GALLOSTRA Y FRAU, J., *Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo*, Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1881.

CÁRDENAS, J., TEUCHLER HARTMUT, (eds.), *La economía social de mercado. Un orden económico eficiente con responsabilidad social*, Managua-Nicaragua, Konrad Adenauer Stiftung, 1993.

CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Padova, 1936, núm 55.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. (Coord.), *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público. VI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Sevilla, 2003, Instituto Andaluz de Administración Pública.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, Madrid, enero-abril 2014.

CASSESE, S., *Las bases del Derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

*Ídem*, “El espacio jurídico global”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157, Madrid, enero-abril 2002.

*Ídem*, *Derecho administrativo: Historia y futuro*, Sevilla, Global Law Press, 2014.

*Ídem*, “Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo”, *Documentación Administrativa*, núm. 250-251, enero-agosto 1998.

CASTILLO BLANCO, F.A., “El control de la actuación administrativa a través del sistema de recursos”, en PALOMAR OLMEDA, A., GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (Dirs.), *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades: Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

*Ídem*, “¿Son precisos nuevos parámetros interpretativos en el ordenamiento jurídico público?”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.A., RIVERO YSERN, J.L. (Coords.), *El nuevo derecho administrativo: libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Salamanca, Universidad de Salamanca-Ratio Legis, 2012.

*Ídem*, “El sistema de recursos administrativos y la revisión de sus actos por la propia Administración”, *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 3, 2002.

CATALÁN CHAMORRO, M.J., “Nueva realidad española y europea en la resolución extrajurisdiccional de conflictos en consumo: ADR y ODR”, en BARONA VILAR, S., (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

CAZORLA PRIETO, L.M., “El arbitraje deportivo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero 2013.

CIERCO SEIRA, C., “De la gratuidad del procedimiento administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 35, 2009.

COBREROS MENDAZONA, E., “La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión arbitral del País Vasco”, *Revista de Administración Pública*, núm. 167, Madrid, mayo-agosto 2005.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Introducción al régimen inglés de los contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto 2014.

CONSEIL D’ETAT, *Règler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Étude adoptée par l’Assemblée Générale du Conseil d’État le 4 février 1993*, Paris, La Documentation Française, 1993.

CORDON MORENO, F., “El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 1, septiembre 2003.

CHÁVEZ BARDALES, E., “Privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje>.

CHECA GONZÁLEZ, C., *Reclamaciones económico-administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

CHEVALLIER, J., CONAC, F., *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 1991.

CHEVALLIER, J., *L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

CHINCHILLA MARIN, C., “El Derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, mayo-agosto 2016.

CREMADES, B., “El arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006.

CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L., *La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005.

CRUZ DE QUIÑONES, L., “El arbitraje y el derecho tributario”, en SILVIA ROMERO, E. y MANTILLA ESPINOSA, F., *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Universidad de Rosario/Legis, 2005.

D’ORS PÉREZ-PEIX, A., “La experiencia histórica del arbitraje jurídico”, *Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación* 15-16, 1993.

*Ídem*, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963.

DARCY, G., “La entrada histórica de las colectividades locales en el Derecho público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, mayo-agosto 2004.

DAVID, R., *L’arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982.

DAVIS, W., Y TURKU, H., “Access to Justice and Alternative Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2011, núm. 1.

DE BRABANDERE, E., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, CUP, 2014.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

DE DIEGO RUIZ, R. (Coord.), *Guía recursos y reclamaciones tributarias*, Madrid, Wolters Kluwer, 2006.

DE LA CUESTA SANEZ, J.M., “Contractualidad del Arbitraje (A propósito de la STC 174/1995, de 23 de noviembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, mayo-agosto 1996.

DE PALMA DEL TESO, A., “Nuevas técnicas convencionales en el Derecho Administrativo. En especial el trámite de avenencia ante el jurado de expropiación de Cataluña”, en MONTORO I CHINER, M.J. (Coord.) *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003.

DEBBASCH, C., *Institutions et droit administratif, 1: Les structures administratives*, París, Presses Universitaires de France, 1982.

DEL ARENAL MOYUA, C., *Introducción a las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007, 4ª ed.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., “La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y la resolución de conflictos en el sector energético”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

DEL SAZ CORDERO, S., “La crisis de la autotutela en los actos administrativos y su auge en los actos privados (Comentarios a la Sentencia del TC 14/1992, de 10 de febrero; al Auto del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1992 y al Real Decreto 290/92, de 27 de marzo)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, septiembre-diciembre 1992.

*Ídem*, “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril 1994.

Ídem, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA, C., LOZANO B., y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992.

DELGADO BARRIO, J., *Del modo de arreglar la justicia: informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidad Autónomas: discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General del Poder Judicial Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio, en el solemne acto inaugural del año judicial, celebrado en el Palacio de Justicia con asistencia de su majestad el Rey, el día 15 de septiembre de 2000*, Madrid, Tribunal Supremo, 2001.

DELGADO PIQUERAS, F., “La “Administrative Dispute Resolution Act” de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 131, Madrid, mayo-agosto 1993.

Ídem, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Ídem, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, Civitas, 1997.

Ídem, “Administrative Discretion and Judicial Control. Proposal of a Theoretical Construction”, *Revue européenne de droit public*, vol. 11, núm. 3, 1999.

Ídem, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010.

DEVOLVÉ, P., comunicación presentada en la Asociación Francesa del Arbitraje el 17 de septiembre de 1990.

DÍAZ BRAVO, E., “Desarrollo histórico del principio de separación de poderes”, *Revista de Derecho*, núm. 38, Colombia, julio-diciembre 2012.

DIAZ-CANDIA, H., *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje, con especial referencia a la aceptación del arbitraje contencioso-administrativo*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

DOBARRO GÓMEZ, C., “El arbitraje institucional como método de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo”, *Actualidad Administrativa*, núm. 20, Madrid, 2011.

DORREGO DE CARLOS, A., “El arbitraje en la contratación pública”, *Estrategia Financiera*, núm. 288, Madrid, La Ley, 2011.

*Ídem*, “El arbitraje en los contratos públicos”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero 2013.

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, Tome 2*, Paris, Sirey, 1923.

*Ídem*, *Traité de Droit Constitutionnel, t.I, La règle de droit – Le problème de l’Etat*, Paris, Bocard, 1927, 3<sup>o</sup> ed.

EDLEY, C., *Administrative law: rethinking judicial control of bureaucracy*, New Haven Yale University Press, 1990.

ESCARTÍN ESCUDÉ, V., “El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40, Zaragoza, 2012.

ESPLUGUES MOTA, C., *Arbitraje marítimo internacional*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2007.

*Ídem*, “Artículo 34”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2<sup>a</sup> ed.



ESPLUGUES MOTA, C., BARONA VILAR, S. (Eds.), *Global perspective on ADR*, Cambridge, Intersentia, 2014.

ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad: Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Ídem, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, mayo-agosto 2015.

Ídem, *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

Ídem, “La recepción en la Europa Continental del Derecho de la regulación de la Economía. (*Regulierungsrecht*. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre 2010.

Ídem, “La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre 2012.

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

EVANS, R.J., “The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving Federal Agency Use of Alternative Dispute Resolution Processes”, *Administrative Law Review*, 1996, vol. 50.

EZEIZABARRENA SÁENZ, X., “La terminación convencional del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental”, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril 2003.

EZQUERRA HUERVA, A., et. alt., *Crisis económica y Derecho administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Pamplona, Aranzadi, 2016.

FALCÓN Y TELLA, M.J., *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

FAVOREAU, L., *Droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 2004.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

*Ídem*, “¿Adiós al arbitraje de inversiones en la Unión Europea?”, en BARONA VILAR, S. (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

*Ídem*, “El arbitraje inversor-Estado como víctima del movimiento ‘anti-globalización’”, en BARONA VILAR, S., *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, en prensa.

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

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Madrid, enero-abril 2012.

*Ídem*, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994.

*Ídem*, “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 1992.

*Ídem*, “Presentación: Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa del recurso”, *Documentación Administrativa*, núm. 221.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “Las nuevas tendencias de la Justicia administrativa en Italia: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid, Civitas, 1998.

*Ídem*, “Algunos reflexiones sobre la historia administrativa española del siglo XIX (A propósito del libro de Alejandro Nieto García, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, Madrid, mayo-agosto 1997.

*Ídem*, “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Madrid, enero-abril 2012.

FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 35, 1999.

FIDONE, G., “Eficacia y eficiencia en la reforma italiana de la Administración pública (la llamada reforma Brunetta). De las medidas para la optimización de la productividad del empleo público a la “acción por la eficiencia””, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre 2011.

FISHER, R., *Más allá de Maquiavelo (Herramientas para afrontar conflictos)*, Buenos Aires, Ed. Garnica, 1996.

FIZ ZAMUDIO, H., *Concepto y contenido de la Justicia Administrativa*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/10.pdf>.

*Ídem*, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, Mexico, El Colegio Nacional, 1983.

FOUSSARD, D., “L’arbitrage en droit administratif”, *Revue de l’Arbitrage*, núm. 3, 1990.

*Ídem*, “L’arbitrage en matière administrative: Histoire, hasard, préjugés, raison?”, *Revue des Juristes de Sciences Po*, Paris, 2010.

*Ídem*, “L’arbitrage en matière administrative. Le point après l’arrêt du 27 avril 2010”, *Cahiers de l’arbitrage*, núm. 3, Paris, julio 2010.

FUERTES LÓPEZ, F.J., “Sobre los órganos de resolución de conflictos contractuales y el valor de sus resoluciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015, Estudios.

GALLEGRO ANABITARTE, A., “La influencia extranjera en el Derecho administrativo español desde 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, Madrid, septiembre-diciembre 1999.

GAMERO CASADO, E., “¿Un sistema arbitral para el dopaje? Consideraciones y alternativas”, *Revista española de Derecho deportivo*, núm. 15, 2005.

*Ídem*, “Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, Madrid, mayo-agosto 2006.

*Ídem*, “La revisión de las sanciones” en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, Bosch, 2007.

*Ídem*, “La Unión Europea como “Estado regulador” y las Administraciones independientes”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Imprescriptibilidad del dominio público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 13, Madrid, 1954.

*Ídem*, “Revolución Francesa, Derecho Público y Justicia Administrativa”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Centro de publicaciones Ministerio de Justicia, 1990.

*Ídem*, *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Madrid, Taurus Ediciones, 1981, 2ª ed.

Ídem, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Civitas, 2001.

Ídem, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1996, 2ª ed.

Ídem, *Hacia una nueva Justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, 2ª ed.

Ídem, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1995, 3ª ed.

Ídem, “Principio de legalidad, estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas en la jurisprudencia y en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, Madrid, enero-abril 1984.

Ídem, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

Ídem, “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993.

Ídem, “La administración pública y la ley”, *Revista de Derecho THEMIS*, núm. 40, Madrid, 2000.

Ídem, “La democracia y el lugar de la ley”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, Madrid, 1997.

Ídem, “La jurisdicción contencioso-administrativa hoy”, *Documentación Administrativa*, núm. 220, Madrid, octubre-diciembre 1989.

Ídem, “Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista”, *Revista de Administración Pública*, núm. 152, Madrid, mayo-agosto 2000.

Ídem, “La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, Madrid, mayo-agosto 2009.

Ídem, “Sobre la formación del Derecho administrativo contemporáneo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007.

Ídem, “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, *Moneda y crédito* núm. 128, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo. I*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 15ª ed.

*Ídem*, *Curso de Derecho administrativo. II*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, 13ª ed.

GARCÍA MACHO, R., BLASCO DIAZ, J.L., “Autotutela administrativa” en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario de Derecho administrativo, Tomo I*, Madrid, Iustel, 2005.

GARCÍA ORTELLS, F., “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho Público”, *Revista Club Español del Arbitraje*, núm. 16, Madrid, 2013.

GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.

GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

*Ídem*, “El arbitraje y la Constitución Española de 1978. Una reflexión desde el Derecho Público”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, FERREIRO BAHAMONDE, X., (dir. congres.) 2012.

*Ídem*, “La justicia administrativa en tiempos de crisis. Una apuesta por el arbitraje”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2012.

GARCÍA VICARIO, M.C., “La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm 29, enero 2013.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., “Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España”, *Revista de Administración Pública*, núm 34, Madrid, enero-abril 1961.

GARRIDO FALLA, F., “Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 7, Madrid, enero-abril 1952.

*Ídem*, “La evolución del recurso contencioso-administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 55, 1968.

*Ídem*, “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto 1989.

GAUCHET, M., *La Révolution des droits de l’Homme*, Paris, Gallimard, 1989.

GAUDEMET, Y., “L’arbitrage: Aspects de droit public de la question”, *Revue de l’arbitrage*, 1992.

*Ídem*, “L’avenir de l’arbitrage en droit administratif français”, *Mélanges Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2002.

GIL DE ZARATE, A., “Administración de los Tribunales Contencioso-Administrativos”, en GALLOSTRA Y FRAU, *Colección Bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo*, Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1881.

GIL ROBLES, A., “La mediación administrativa como alternativa”, *Revista Poder Judicial*, núm. 94, 2012.

GODECHOT, J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l’Empire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., “Ideas, reflexiones y propuestas del grupo de expertos para la reforma de la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 165, Madrid, septiembre-diciembre 2004.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., “El arbitraje administrativo en el Derecho de la Competencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, Madrid, septiembre-diciembre 2003.

GONZÁLEZ CANO, M. I., *Protección de intereses legítimos en el proceso administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

*Ídem*, “Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, Madrid, mayo-agosto 2004.

GONZÁLEZ MALABIA, S., “Artículo 13” en en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La terminación anormal del proceso administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 18, Madrid, 1955.

*Ídem*, “La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, enero-abril 1998.

*Ídem*, “La situación actual de la Justicia administrativa”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 69, 1992.

*Ídem*, “Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 83, 1994.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*, Madrid, Aranzadi, 2012, 2ª ed.

*Ídem*, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes. Privatización, liberalización, regulación pública y derecho de la competencia*, Granada, Comares, 2001.



Ídem, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993.

Ídem, “Las negociaciones y el Derecho administrativo: transacciones, convenios, arbitraje”, en ARISMENDI, A., CABALLERO ORTIZ, J. (Coords.), *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, tomo II, Thomson Civitas, 2003.

GORJON GOMEZ, F.J.; LÓPEZ PELAEZ, A., *Estado del arte de la mediación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

GRANADO HIJELMO, I., “El arbitraje en Derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, 2005.

GROETHUYSEN, B., *Philosophie de la Révolution française*, Paris, Galimard, 1956.

GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español. Su regulación conforme la ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1956.

GUICHOT, E., “Globalización jurídica y Derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Madrid, enero-abril 2012.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 166, Madrid, enero-abril 2005.

HABERMAS, J., “La esfera de lo público”, *Kultur und Kritik*, Frankfurt a. Main, Ed. Suhrkam, 1973, (traducido por Francisco Galván Díaz y publicado en *La crítica social en Touraine y Frankfurt*, UAM-UAP ed.)

HAURIUO, M., *Principes de Droit Public*, Paris, Recueil Sirey, 1916, 2º ed.

HENRION DE PANSEY, P-P-N, *De l'autorité judiciaire en France, Tome second*, Paris, Librairie de Théophile Barrois Père, 1827, 3ª ed.

HERNÁNDEZ G, J.I., “El CIADI en el marco del Derecho Administrativo Global: una visión desde el Derecho Administrativo Latinoamericano”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., HERNÁNDEZ G., J.I., *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

HERNÁNDEZ-GIL ALVÁREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales”, en MARTÍN MUÑOZ, A., HIERRO ANIBARRIO, S., (Coords.) *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

HINOJOSA SEGOVIA, R., CUBILLO LÓPEZ, I., *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2006.

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

Ídem, “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo”, *Circulo de Derecho Administrativo*, online.

JAROSSON, C., “L'arbitrage en droit public”, Paris, AJDA, 1997.

JEQUIER LEHUEDÉ, E., “La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, abril 2013.

JESCH, D., *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, Instituto de estudios administrativos, 1978.

JIMENEZ ASENSIO, R., *Los frenos del poder: separación de poderes y control de las instituciones*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 2016.

KAMGA, J., *L'arbitrage en matière administrative. Aspects du droit positif français*, Leipzig, Editions Universitaires Européennes, 2015.

KAUFMAN, I.R., “Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts”, (1990), *LIX Fordham Law Review* 1.

KINGSBURY, B., STEWART, R., *Hacia el Derecho Administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016.

KOWNACKI, N.E., “Prospects for ICSID Arbitration in Post-Denunciation Countries: An Updated Approach”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2010, Vol. 15-2.

LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Tome II*, Paris, Berger-Levrault et Libraires-Editeurs, 1888.

LALIVE D'EPINAY, P., STORME, M., LINSMEAU, J. *et alt.*, *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

LANDERKIN, H.F., PIRIE, A.J., “What’s the Issue? Judicial Dispute Resolution in Canada” (2004) *22 Law in Contexts*.

LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, Civitas, 1991.

LEBEL, P., *El arte de la negociación*, Barcelona, CEAC, 1990.

LEON, B., TERRY, J., “Special considerations when a State is a Party to International Arbitration”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 61, febrero-abril 2006.

LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2009, 17ª ed.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. (Coord.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

*Ídem*, “Concepto y funcionalidad de la noción de “interesado” en el ámbito del derecho administrativo español”, en CARBONNELL PORRAS, E. (Dir.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

*Ídem*, “Administración Pública y economía: unos apuntes sobre el papel de la Administración en la Constitución económica”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., GARCÍA REGUEIRO, J.A. (Coords.), *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*, Madrid, S.A. Bosch, 2003.

LÓPEZ DIAZ, M., “La administración de la justicia señorial en el antiguo régimen”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2006.

LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Aplicación judicial de las inmunidades internacionales en España. Análisis de la práctica reciente”, *Direito*, 2016.

LÓPEZ MENUDO, F., “Vía de hecho”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario de Derecho administrativo, Tomo II*, Madrid, Iustel, 2005.

*Ídem*, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid, Civitas, 1988.

Ídem, “Arbitraje y Derecho Público”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1999.

Ídem, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en BARNES VÁZQUEZ (Coord.), *El procedimiento administrativo en el procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, 1993.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 115, Madrid, 1988.

Ídem, “Teoría jurídica de las cosas públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre 2011.

Ídem (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

LÓPEZ RIBAS, S., “Procedimientos amistosos en materia de imposición directa”, *Crónica tributaria*, núm. 131/2009.

LOZANO CUTANDA, B., “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: Perspectiva histórica y nueva configuración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989.

Ídem, “El nuevo “arbitraje” y sus entes instrumentales”, *Diario La Ley*, núm. 7716, Sección Tribuna, octubre 2011.

Ídem, “Los recursos administrativos en los ordenamientos supranacionales”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

Ídem, “Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia. La decisión del consejo Constitucional de 23 de enero de 1987”, *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991.

MACK, K., “Court Referral to ADR: The Legal Framework in Australia” (2004) *22 Law in Contexts* 112.

MAPELLI, E., “El arbitraje en el transporte terrestre”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1558, 1990.

MARCOS FRANCISCO, D., “La mediación: ¿fórmula estrella para resolver los conflictos de consumo?”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, P. (Coords.), *El Derecho Procesal español del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MARCOU, G., “La sentence arbitrale relative à la convention d’utilisation du tunnel sous la manche par la SNCF et British rail”, *Annuaire Français de droit international*, XLIII, 1997.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/11/consumidores%20y%20medios%20alternativos.pdf>

*Ídem*, “Algunas cuestiones sobre el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo: voluntariedad voluntariedad del sometimiento al mecanismo extrajudicial, carácter vinculante de la solución alcanzada y estatuto de la persona encargada de la decisión del conflicto”, *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2016.

MARTÍN MATEO, R., “Derecho administrativo y materia contenciosa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 55, Madrid, enero-abril 1968.

MARTÍN MUÑOZ, A., HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

MARTIN REBOLLO, L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975.

*Ídem*, “La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo Contencioso-administrativo de 1890-1894”, *Revista de Administración Pública*, núm. 78, 1975.

*Ídem*, “Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras”, en CIENFUEGOS SALGADO, D., RODRIGUEZ LOZANO, L.G. (Coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L., “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983.

*Ídem*, *El Derecho civil de la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MARTINEZ 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*, núm. 185, Madrid, mayo-agosto 2011.

MARTÍNEZ MICÓ, J.G., “La reclamación económico-administrativa y el previo recurso de reposición: vías específicas de impugnación de los actos tributarios: su configuración actual como presupuesto procesal”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 28, febrero 2012.

MASUCCI, A., “Formación y evolución del Derecho Administrativo en Francia y Alemania”, *Revista de Administración Pública*, núm. 184, Madrid, enero-abril 2011.

*Ídem*, “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en Derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 178, Madrid, enero-abril 2009.

MAYER, O., *Derecho Administrativo alemán*, vol. I (trad. Por H.H. Heredia y E. Krotoschin), Buenos Aires, DePalma, 1982.

MEDINA ALCOZ, L., *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

MEILÁN GIL, J.L., “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, mayo-agosto 2013.

MERCHÁN ALVAREZ, A., *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, 1981.

MERINO MERCHÁN, J.F., “El arbitraje como solución de conflictos entre deportistas profesionales y sus clubes y los de éstos entre sí”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3636 1994.

MERKL, A., *Teoría general del Derecho administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.

MESTRE, J.L., *Un Droit Administratif à la fin de l’Ancien Régime. Le contentieux des Communautés de Provence*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.

*Ídem*, *Introduction Historique au Droit Administratif Français*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

MESTRE DELGADO, J.F., “La posición singular de la Administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista según la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 47, 1985.



Ídem, “El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm, 11, Iustel, marzo 2006.

Ídem, *El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional*, Valencia, julio 2010.

Ídem, “Capítulo XVI. El arbitraje en el Derecho Administrativo”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

MIGUEZ MACHO, L., “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, Madrid, 2015.

MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2004.

Ídem, “El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, Madrid, septiembre-diciembre 2003.

Ídem, et alt., *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER-BARONA VILAR), *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 24ª ed.

Ídem, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Civitas, 1990.

Ídem, “Artículo 17”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

MONTERO AROCA, J., ESPLUGUES MOTA, C., “artículo 2”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

MONTESINOS GARCÍA, A., “Algunas reflexiones sobre el Convenio arbitral”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje 2006*, Madrid, Ed. Cámara de Comercio, Industria y Navegación de España, 2006.

MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois, Tomes I, II*, Paris, G Flammarion, 1999.

MORENO LINDE, M., “El arbitraje en el ámbito administrativo. En especial, en la contratación pública”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

MORENO MOLINA, J.A., “La Administración pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un Derecho administrativo europeo común”, *Revista de Administración Pública*, núm. 148, Madrid, enero-abril 1999.

MOYA MEYER, L.H., “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 154-2009, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

MULLERAT OBE, R., “Allons enfants (arbitres) de la patrie... 50 pinceladas impresionistas sobre los puntos más relevantes de la nueva Ley de arbitraje francesa”, *Spain Arbitration Review*, num. 11, Madrid, segundo cuatrimestre 2011.

MUÑOZ MACHADO, S., *Informe sobre España: Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona, Crítica, 2012.

*Ídem*, “Libros esenciales para entender el Derecho administrativo y el Derecho público general”, *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, Barcelona, febrero 2009.

Ídem, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, vol. I, Iustel, Madrid, 2011.

Ídem, “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, en la obra colectiva *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, Madrid, Iustel, 2011.

Ídem, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I. Historia de las instituciones jurídico-administrativas -1*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

Ídem, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo II. Historia De las instituciones jurídico-administrativas-2*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

Ídem, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general, Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

Ídem, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989.

Ídem, “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 50, 1966.

Ídem, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 57, Madrid, 1968.

Ídem, “La Administración de Justicia y el poder judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007.

OLAVARRIA TÉLLEZ, A., “Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. Artículo 4º de la Ley 36/1988”, en *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público. IV jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.

OLSON, W.K., *The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, Dutton, 1991.

ORTEGA ALVAREZ, L., “La inmediatividad del interés directo en la legislación contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 1977.

ORTELLS RAMOS, M., et alt., *El proceso contencioso-administrativo*, Granada, Comares, 1997.

OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Madrid, McGrawHill, 2004.

PADRÓS REIG, C., ROCA SAGARRA, J., “La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995.

PALAO MORENO, G; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (Ed), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1994, 6ª ed.

*Ídem*, “Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 52, Madrid, 1967.

*Ídem*, “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso”, *Revista de Administración Pública*, núm. 55, Madrid, enero-abril 1968.

*Ídem*, “Arbitraje y Derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 23, septiembre-diciembre 1999.

*Ídem*, “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales ante la nueva Constitución”, *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977.

PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J.J., “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 288, septiembre-diciembre 2010.

PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. Instituciones generales*, Ariel, Madrid, 2003.

Ídem, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.

Ídem, *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid, CEC, 1991.

Ídem, *Eficacia y Administración: tres estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

Ídem, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993.

Ídem, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000.

Ídem, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, 1989.

Ídem, *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, Sevilla, Global Law Press, 2012.

Ídem, “La revisión administrativa de las sanciones por actos en materia de dopaje”, en CAZORLA PRIETO, L.M., PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.), *Comentarios a la Ley antidopaje en el deporte*, Pamplona, Aranzadi, 2007.

Ídem, “Los derechos subjetivos y los intereses legítimos”, en *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del TS* (con Santamaría Pastor), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

Ídem, “La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo 1986.

PATRIKIOS, A., *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

PECES BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Madrid, Dykinson, 1999.

PERALES VISCONSILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005.

PEREIRA PARDO, M.C., BOTANA CASTRO, V., FERNÁNDEZ MUIÑOS, B., *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, Colección Práctica de Mediación, Madrid, Dykinson, 2013.

PÉREZ DEL BLANCO, G., “El “arbitraje institucional” o procedimiento administrativo para la resolución de los conflictos intraadministrativos en la Administración General del Estado”, *La reforma de la Ley de arbitraje 2011 (Comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Madrid, La Ley, 2011.

PÉREZ MORENO, A., “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, en MONTORO I CHINER, M.J. (Coord.), *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003.

*Ídem*, “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 49, 2003.

*Ídem*, “El arbitraje en el Derecho administrativo”, en *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público. VI Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía* Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.

PÉREZ PACHECHO, Y., “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4-1, 2012.

PESET, M. (et. alt.), *Lecciones de Historia del Derecho*, Valencia, 2010.

REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N. et al, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, 4ª ed.

REGO BLANCO, M.D. (Coord.), *Las reclamaciones económico-administrativas en materia de competencia de las Comunidades autónomas*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

RENDERS, D., DEVOLVE, P., TANQUEREL, T., *L'arbitrage en Droit Public*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

REQUENA CASANOVA, M., “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012.

RIVERO, J., “Personnes publiques et arbitrage”, *Revue Arbitrage*, 1973.

ROCHA GARCÍA, E., *Práctica jurídica administrativa, económico-administrativa y contencioso-administrativa*, Granada, Comares, 1999, 3ª ed.

RODRÍGUEZ TEN, J., *Deporte y Derecho administrativo sancionador*, Fundación del Fútbol Profesional, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; HERNÁNDEZ G., J., *El derecho Administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., “La creación de mercados regulados: consecuencias para el Estado social de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 167, Madrid, mayo-agosto 2005.

ROMANO, R., TENENTI, A., *Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento*, Madrid, Siglo XXI, 1971.

ROMERO PÉREZ, J.E., *Derecho administrativo general*, 1999, Madrid, Euned.

ROSA MONTERO, J., *El arbitraje administrativo*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1998.

Ídem, “Artículo 31”, en la obra colectiva dirigida por MESTRE DELGADO, J.F., *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, Madrid, La Ley, 2010, 2ª ed.

ROSENBERG, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*, Berlin, 1929.

ROUSSEAU, J.J., *Del Contrato Social*, versión online (<http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>)

ROWLEY, J.W., *Global Arbitration Review: The Guide to Energy Arbitrations*, 2nd ed., London, Law Business Research, 2017.

RUEDA GARCÍA, J.A., “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin exequátur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6-1, 2014.

SALA ATIENZA, P., CÁRDENAS GARCÍA, M.I., *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 2016.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Delimitación subjetiva, objetiva y temporal del arbitraje de consumo conforme al RD 231/2008, de 15 de febrero”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER, J.M, SÁNCHEZ BLANCO, A., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.



SÁNCHEZ MORÓN, M., “Sobre la situación de la Justicia administrativa en los albores del siglo XXI”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001.

*Ídem*, *Derecho administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos, 2005.

*Ídem*, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.

*Ídem*, “Recursos administrativos” en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (Dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993.

SANDULLI, A., “L’arbitrato nel código del proceso amministrativo”, *Giornale di diritto amministrativo* 2/2013.

SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de Derecho Administrativo General. I*, Madrid, Iustel, 2015, 3ª ed.

*Ídem*, *Principios de Derecho Administrativo General. II*, Madrid, Iustel, 2015, 3ª ed.

*Ídem*, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, Iustel, 2006.

*Ídem.*, “Tutela judicial efectiva y non suspensión en via de recurso”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983.

*Ídem.*, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios*, Madrid, Iustel, 2010.

SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

SERRANO GUIRADO, E., “La Justicia administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, Madrid, 1951.

SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España*, Mundo Científico. Serie Jurídica, 1969.

SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en el ámbito empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

SOLOZABAL, J.J., “Sobre el principio de la separación de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24, noviembre-diciembre 1981.

SOSA WAGNER, F., *El contrato público de suministro*, Madrid, Civitas, 2003, 2ª ed.

SOTO KLOSS, E., “¿Existe un Derecho administrativo inglés?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 70, Madrid, enero-abril 1973.

STAMPA, G., “La reforma de la Ley de Arbitraje”, *Diario La Ley*, núm. 7725, Madrid, octubre 2011.

STIPANOWICH, Th. J., “Arbitration: The ‘New Litigation’”, *University of Illinois Law Review*, 2010.

TEN PUJOL, A., “Una aproximación al arbitraje tributario”, en PONT MESTRES, M., PONT CLEMENTE, J. (Coords.), *Alternativas convencionales en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

TEROL GÓMEZ, R., “El estrecho marco jurídico del arbitraje privado en el deporte”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000-2001.

Ídem, “El arbitraje privado en el deporte institucionalizado”, en SOSA WAGNER, F. (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, tomo III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Guadarrama, 1969.

TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995.

*Ídem*, “Título III: De las actuaciones relativas a la contratación. Capítulos I, II y III: Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración” en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2004, 2ª ed.

*Ídem*, “El “Consell Tributari” del Ayuntamiento de Barcelona”, *Documentación administrativa*, núm. 220, 1989.

TRAYTER, J.M., “El arbitraje en Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, Madrid, mayo-agosto 1997.

TROCKER, N.; DE LUCA, A., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, 2011.

TUCK, A.P., “Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to the ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules”, *Law and Business Review of the Americas*, 2007, Vol. 13-4.

TWINING, W., “Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics”, *Modern Law Review*, 1993.

VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

VALLET DE GOYTISOLO, J., “La distribución de poderes según Montesquieu”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 65, 1988.

VEDEL, G., DEVOLVÉ, P., *Droit administratif*, París, Presses Universitaires de France, 1958.

VERDERA SERVER, R., *El convenio arbitral*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

VERDERA SERVER, R., ESPLUGUES MOTA, C., “Artículo 9” en en BARONA VILAR, S. (Coord.), *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*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

VERNENGO, R., “Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, julio-septiembre 1992.

*Ídem*, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1983.

VIRGÓS SORIANA, M., GARCIMARTIN ALFEREZ, F., *Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2007, 2ª ed.

VON BOGDANDY, A., MIR PUIGPELAT, O., *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

WAHL, R., “Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland”, *Der Staat*, núm. 38, 1999.

WALD, A., “La resolución, por arbitraje, de los conflictos entre la Administración Pública y las empresas privadas en el Derecho brasileño”, *Revista Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009.

WARD, M., “Public Fuss in a Private Forum”, *Harvard Negotiation Law Review*, 1997, Vol. 2.

WEIL, P., *Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1986.

WICK, D.M., “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change”, *Journal of International Business & Law*, 2012, Vol. 11-2.

WLASSAK, M., “Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren”, *ZSS* 25 (1904).

YAGÜE LLEDÓ, F., “Artículo 10” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991.

XIOL RIOS, J.A., “El arbitraje y los tribunales de justicia”, *La notaria*, núm. 47-48, 2007.



## OTROS DOCUMENTOS

OECD/INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, *Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y el patrimonio. Versión abreviada 22 de julio de 2010*, Paris/Madrid, OECD/IEF, 2010.

OECD, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris, 2013.

OECD, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris, 2014.

OECD, *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015*, OECD Publishing, Paris, 2015.

“Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, *Revista Poder Judicial*, 2013.

Borrador de anteproyecto de Ley reguladora del arbitraje administrativo, 21 diciembre 2001.

Rapport del grupo de trabajo sobre arbitraje, marzo 2007, [justice.gouv.fr](http://justice.gouv.fr)

Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo de 25 de febrero de 2015.

Informe al Proyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, Consejo General del Poder Judicial, 11 junio 2015.

Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa, Ministerio de Justicia, 2013.

Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 26 de junio de 2011.

Informe del Parlamento Europeo *Rebooting the Mediation Directive: Assesing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, 2014.

Reglamento de arbitraje de la Corte española de arbitraje

Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia

Reglas de Arbitraje de 2017 del *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*

Reglas de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration*

Code Procédure Civile français.

*Statutes of ICAS and Cas.*

Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006, hecho en Madrid el 27 de julio de 2011.

Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su Protocolo, hechos en Londres el 14 de marzo de 2013.



Permanent Court of Arbitration, Optional Rules for Arbitration Between International Organizations and Private Parties: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-Between-International-Organizations-and-Private-Parties-1996.pdf>

Permanent Court of Arbitration. Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two Parties of which only one is a state: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitrating-Disputes-between-Two-Parties-of-Which-Only-One-is-a-State-1993.pdf>

Permanent Court of Arbitration. Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Permanent-Court-of-Arbitration-Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-Outer-Space-Activities.pdf>

Convenio de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales y el Convenio de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales: <https://pca-cpa.org/es/documents/pca-conventions-and-rules/>

EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), (<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>).

Memoria del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona correspondiente al año 2015. <http://estatic.bcn.cat/ConsellTributari/Continguts/Documents/Fitxers/MemoriaAny2015.pdf>

Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas del año 2011, Consejo General del Poder Judicial.