

El arbitraje en el sector público  
¿Un extraño invitado?

Pol Fontboté Pradilla

---

TESIS DOCTORAL UPF / 2019

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Víctor Ferreres Comella

DEPARTAMENTO DE DERECHO





*Per la Clara i la meva família*



*Once more unto the breach, dear friends, once more*  
(William Shakespeare, *Henry V*)

*La imaginación de los millones y millones de operadores jurídicos que actúan en cualquier sociedad es inagotable y los retos que puede plantear el Derecho, infinitos<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Tomás Ramón Fernández, «El Derecho como diálogo y consenso», en *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, ed. Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández (Barcelona: Ariel, 1998), 29.



## Agradecimientos

El resultado de una tesis doctoral es una responsabilidad individual, pero también es el fruto de un proyecto colectivo. En mi caso, debo agradecer, en primer lugar, al despacho de abogados *Pareja i Associats* y, muy especialmente, a su socio fundador y director, el profesor Dr. Carles Pareja Lozano, el haber impulsado esta investigación, a través de su financiación y de su apoyo logístico, técnico y moral. Quiero expresar también mi gratitud a la Secretaría de Universidades e Investigación del Departamento de Empresa y Conocimiento de la Generalitat de Cataluña, que ha promovido y financiado el programa de *Doctorats Industrials*, en cuyo marco se ha llevado a cabo esta tesis, así como a la Universitat Pompeu Fabra (UPF), que ha actuado como centro de investigación promotor del proyecto<sup>2</sup>. De especial ayuda ha sido la intervención de la profesora Dra. Aida Torres, que, en su calidad de coordinadora del programa de doctorado en Derecho de esta universidad, ha hecho posible esta colaboración tan interesante y fructífera entre universidad y empresa.

Las características tan especiales de este programa, me han salvado del posible aislamiento que suele asociarse a una tesis doctoral, y me han mantenido siempre en estrecho contacto con la práctica de la abogacía en el ámbito del derecho administrativo y el sector público. Esta proximidad me ha permitido encontrar ejemplos reales que me han resultado muy útiles para mi investigación. En este sentido, no puedo menos que expresar mi especial gratitud a todos los socios de *Pareja i Associats* —el Dr. Carles Pareja, Xavier Nadal, la Dra. Gemma Segura, la Dra. Elvira Fernández, Jorge Herrera y Xavier Soy—, así como al profesor Dr. Joaquim Bisbal, que han creído en este proyecto y han demostrado que práctica e investigación jurídica pueden y deben ir de la mano. Por otra parte, me han ofrecido la posibilidad de exponer y someter a debate mis hallazgos en el seno del seminario mensual del despacho. Además, muchos de ellos han leído con inmensa paciencia mi texto y durante el proceso de redacción han ido enriqueciéndolo con sus comentarios y sus ideas, igual que ha hecho Norma Munné. Antes he citado a Carles Pareja como director del despacho, pero quiero mencionarlo otra vez aquí como mentor, y como la persona que me animó a aceptar el reto doctoral y a investigar sobre el tema de esta tesis; Carles no solo ha creído en el proyecto, sino que también ha creído en mí, y en mi valía para tomar el no siempre fácil camino de adentrarse en una tesis doctoral. Asimismo, aunque ya lo he citado, quiero repetir que he tenido la suerte de contar con los inapreciables consejos de Joaquim Bisbal, que ha sido un auténtico referente de serenidad y rigor, cómplice en todo este viaje.

El resto de compañeros del despacho, como es habitual en ellos durante la práctica diaria, me han apoyado de forma incondicional y me han ofrecido su asistencia técnica siempre que la he necesitado. Imma Carrera, Marta Mullor, Sílvia Ventura, Yolanda Reyes, Albert Llop,

---

<sup>2</sup> Esta tesis se ha realizado con la ayuda 2014 DI 074 de la convocatoria de doctorados industriales de la Generalitat de Cataluña del año 2014, DI-2014.

Norma Munné, Sergi Ferragut, Alejandro Rodríguez de Rivera, Eduard Fernández, Paula Casas, Mireia Salazar, Arnau Martí, Estel Patris y Francesc Fradera, gracias por estar ahí.

Ha sido un gran honor para mí que el profesor Dr. Víctor Ferreres Comella aceptara dirigir esta tesis y espero no haberle defraudado. Él es un ejemplo de rigor, creatividad, espíritu crítico y pasión por el Derecho, y sus vastos conocimientos y su visión global de la ciencia jurídica me han orientado durante todo el proceso de elaboración. Además, las sesiones de trabajo para revisar las distintas versiones del texto de la tesis no solo han resultado reveladoras, sino que, en ellas, he tenido la oportunidad de entrenarme en el arte de la argumentación y el debate con un maestro extraordinario. En una de nuestras sesiones de tutoría, mi director mencionó los conciertos para piano y orquesta de Mozart, por los que los dos sentimos gran devoción. Víctor me decía que las melodías de estas obras eran un ejemplo de claridad que yo debería seguir para formular mi discurso. Pues bien, si en esta tesis la línea argumental no discurre con fluidez, o se ve oscurecida o tapada por ideas secundarias, igual que ocurre en un concierto mal compuesto cuando no se puede oír al solista, la responsabilidad, naturalmente, es del autor. Sin embargo, si en algún pasaje la idea principal logra despuntar con brillo y dialogar en armonía con el resto de argumentos, igual que hace el piano en relación con la orquesta en los conciertos de Mozart, es gracias a él y a todo lo que me ha enseñado.

No puedo olvidar mencionar en estas páginas la gran amabilidad y eficiencia del personal del Departamento de Derecho y de posgrado de la Universitat Pompeu Fabra, representada por Lluïsa Garcia, Margarida Fontcuberta, Imma Sánchez y Gemma Tàpia, que han resuelto todas mis dudas y han asegurado que todos los engranajes del programa funcionaran a la perfección. Lo mismo debo decir de la profesionalidad de Jesús Ruiz de la Torre y Jordi Alba, de la Secretaría de Universidades e Investigación del Departamento de Empresa y Conocimiento de la Generalitat de Cataluña.

Una de las claves de esta investigación ha sido ampliar el campo de miras del tema que me ocupa e introducirme en el ámbito del derecho administrativo de otros países. En concreto, en los de la tradición del *common law*, que he podido seguir de cerca en mi visita a los Estados Unidos en calidad de *visiting scholar* en la facultad de Derecho de la *Columbia University*, en Nueva York. Esta estancia de investigación, que realicé entre agosto y diciembre de 2017, fue posible gracias a la intercesión del profesor Lawrence Sager y, de nuevo, de Víctor Ferreres y Carles Pareja. Una vez en la universidad norteamericana, conté con el respaldo del *sponsor* de mi estancia, el profesor Peter L. Strauss, quien tuvo la amabilidad de recibirme en varias ocasiones para comentar cuestiones diversas sobre el sistema administrativo estadounidense y poder así contrastar paralelismos y divergencias entre la práctica norteamericana y la española. También tuve la posibilidad de poder asistir como oyente a las clases de distintas asignaturas, entre las que destacan las de derecho administrativo y derecho del medio ambiente, que impartían los expertos profesores Gillian Metzger y Michael Gerrard, respectivamente. A ellos también agradezco enormemente la atención que prestaron a mis preguntas y a mis dudas, así como la oportunidad que me obsequiaron de conocer de primera mano la aplicación del llamado “método socrático” en sus clases de

derecho, método basado en el debate en clase sobre casos resueltos por los tribunales de justicia norteamericanos. Esta experiencia fue una de las lecciones más enriquecedoras que he recibido a lo largo de toda mi formación. Por otra parte, la acogida en el campus por parte de Nancy Elsamanoudi, Thomas Strahm y John Tarbet fue excelente. Finalmente, mi aventura americana no hubiera sido tan exitosa sin la complicidad de mis dos amigos anglosajones; Greg y Amanda, ni guardaría tan buen recuerdo de ella si no fuera por la amistad de mis compañeros de doctorado en Nueva York: Mariona, Antoine, Asaf y Annabelle.

La profesora Dra. Silvia Díez Sastre y Jorge Castillo tuvieron la gentileza de invitarme al seminario del Centro de Investigación de Justicia Administrativa de Universidad Autónoma de Madrid, donde tuve ocasión de exponer mi proyecto de investigación y someterlo a discusión; estoy en deuda también con el profesor Dr. Oriol Mir Puigpelat, la profesora Dra. Clara Isabel Velasco Rico y todos mis compañeros del seminario de Derecho administrativo de la UPF (OBSEI), por haber organizado y participado en este espacio de intercambio de ideas, en el que pude reflexionar y formular preguntas clave para mi objeto de estudio, así como con el Dr. Pau Bossacoma Busquets, siempre preparado para iniciar un debate; con Teresa Iranzo, secretaria del Tribunal Arbitral de Barcelona, que me recibió amablemente en esa institución; con Alejandro Saiz Arnaiz y el profesor Dr. Edorta Cobreros Mendazona, que me facilitaron algunas referencias importantes en relación con la Comisión Arbitral del País Vasco, así como con el profesor Dr. Jorge Ernesto Roa Roa, que me facilitó la consulta de su tesis.

En el plano más íntimo, quiero agradecer a Lluís, Glòria, Elisabet, Josep Maria y Albert que hicieran posible que un verano en Vic, rodeado de naturaleza, se convirtiera en el punto de inflexión para poner punto final a esta tesis. También me debo a la inestimable colaboración de Lluís, Susanne, Montse y Xavi en mi estancia en Nueva York, al consejo experto de Victoria en lengua y edición, a la valiosa asistencia de Berta en cuanto al diseño gráfico y a la tipografía, y al respaldo de Nil al decidir tomar este camino.

Naturalmente, a ninguna de las personas que he mencionado puede atribuírsele cualquier error u omisión, que son solo responsabilidad mía.

Por último, quiero dejar constancia aquí de que, sin la educación humanística, la curiosidad y la pasión por el conocimiento que me han inculcado mis padres, Jordi y Àngels, nunca habría iniciado un proyecto como este. La presencia inspiradora y paciente de Clara a mi lado me ha dado en cada momento el apoyo y el cariño para seguir adelante y no desfallecer. A ellos les dedico esta tesis.



## Resumen

Esta tesis doctoral analiza la viabilidad de la utilización del arbitraje en las controversias del sector público español, partiendo de la base de que el consentimiento de las entidades públicas no se prestaría caso a caso, sino que se hallaría previsto en la ley. Se defiende que ni la distinción entre derecho público y derecho privado, ni la autotutela administrativa, ni la existencia de un orden jurisdiccional contencioso-administrativo constituyen por ellas mismas una barrera infranqueable para el arbitraje público. Esta institución, que está orientada a mejorar la realización del derecho a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, resulta conforme a los principios y reglas constitucionales aplicables, que incluyen el principio de legalidad de la actuación administrativa y la garantía de que la misma esté sometida a un control jurídico externo e independiente. Sin embargo, se propone que se apruebe una ley general de arbitraje público en aras de una mayor seguridad jurídica. En este contexto, debe ser el legislador quien determine en qué ámbitos del sector público puede acudir al arbitraje, a partir de consideraciones de oportunidad. Se sugieren tres criterios orientativos para llevar a cabo esta tarea: primero, el riesgo de que se desarrolle un procedimiento arbitral sin el consentimiento de todas las partes implicadas; segundo, la necesidad de contar con jurisprudencia; y, tercero, el mayor grado de rendición de cuentas democráticas que requieren ciertos asuntos. Finalmente, la tesis se refiere a las cuestiones principales que debería abordar una ley general sobre el arbitraje público.



## **Abstract**

This PhD thesis discusses the feasibility of using arbitration in Spanish public sector disputes, assuming that the consent of public entities to arbitral proceedings would not be given on a case-by-case basis, but it would be foreseen by the law. It is argued that neither the distinction between public and private law, nor administrative enforcement mechanisms, nor the existence of a special division of courts for administrative matters constitute an unsurmountable barrier for private-public arbitration in themselves. This mechanism, which is geared to improving the fulfillment of the right to an effective legal protection of rights and legitimate interests, is consistent with the relevant constitutional principles and rules as well, including the subjection of administrative action to law and to external and independent legal review. However, it is suggested for a general law on private-public arbitration to be enacted in order to provide more legal certainty. In this context, it is for the legislature to determine in what realms of the public sector arbitration may be resorted to, drawing from policy assessments. Three guiding criteria are suggested for this task to be carried out: first, the risk of pursuing arbitration proceedings without the consent of all involved parties; second, the need for judicial precedents; and, third, the higher degree of democratic accountability which some matters may require. Finally, the thesis refers to the main questions which should be addressed in a general law on private-public arbitration.



## Resum

Aquesta tesi doctoral analitza la viabilitat de la utilització de l'arbitratge en les controvèrsies del sector públic espanyol, partint de la base que el consentiment de les entitats públiques no es prestaria cas a cas, sinó que es trobaria previst en la llei. Es defensa que ni la distinció entre dret públic i dret privat, ni l'autotutela administrativa, ni l'existència d'un ordre jurisdiccional contenciós-administratiu constitueixen per elles mateixes una barrera infranquejable per a l'arbitratge públic. Aquesta institució, que està orientada a millorar la realització del dret a la tutela efectiva de drets i interessos legítims, també resulta conforme als principis i regles constitucionals aplicables, que inclouen el principi de legalitat de l'actuació administrativa i la garantia que aquesta estigui sotmesa a un control jurídic extern i independent. No obstant això, es proposa que s'aprovi una llei general d'arbitratge públic amb la finalitat d'oferir una major seguretat jurídica. En aquest context, ha de ser el legislador qui determini en quins àmbits del sector públic es pot recórrer a l'arbitratge, a partir de consideracions d'oportunitat. Se suggereixen tres criteris orientatius per a dur a terme aquesta tasca: primer, el risc que es desenvolupi un procediment arbitral sense el consentiment de totes les parts implicades; segon, la necessitat de comptar amb jurisprudència; i, tercer, el major grau de rendició de comptes democràtica que requereixen certs assumptes. Finalment, la tesi es refereix a les qüestions principals que hauria d'abordar una llei general sobre l'arbitratge públic.



# Índice

Agradecimientos .....	1
Resumen.....	5
Abstract .....	7
Resum .....	9
Índice .....	11
Introducción .....	17
<b>I. EL ARBITRAJE PÚBLICO: CONCEPTO .....</b>	<b>23</b>
1. Concepto de arbitraje público .....	23
2. Distinción de figuras afines o calificadas impropia- mente como arbitrales.....	29
a) El arbitraje impropio como alternativa al recurso administrativo.....	30
b) El tercero “arbitrador” en derecho administrativo .....	32
c) Formas autocompositivas de resolución de conflictos en derecho administrativo (terminación convencional del procedimiento, mediación, transacción).....	34
i. Terminación convencional del procedimiento administrativo (art. 86 LPAC) 34	
ii. Mediación y transacción .....	35
d) La denominada actividad arbitral de la Administración .....	37
e) Arbitraje entre entidades del sector público.....	37
<b>II. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO .....</b>	<b>41</b>
1. La unidad del ordenamiento jurídico y la relatividad de la frontera entre derecho público y derecho privado.....	42
a) La unidad del ordenamiento .....	42
b) Finalidades de la división del ordenamiento en sectores.....	44
2. Distinciones tradicionales entre conflictos de derecho público y de derecho privado .....	46
a) Interés público o general/interés privado o particular .....	48
b) Verticalidad vs. horizontalidad .....	53
c) La función materialmente administrativa .....	56
d) Libertad de actuación.....	60
e) La presencia de una Administración en el conflicto .....	62
f) Origen de los fondos .....	64
g) Transparencia y rendición de cuentas .....	65

h) Delimitación jurisdiccional.....	66
i) Conclusiones .....	67
<b>III. LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA Y EL ARBITRAJE .....</b>	<b>69</b>
1. El reconocimiento del peso de la tradición como punto de partida crítico.....	69
2. Crítica al abuso de la autotutela administrativa .....	73
3. Razones explicativas de la atribución de potestades a la Administración con técnicas de autotutela.....	78
a) Eficiencia .....	80
b) Legitimidad “técnica” .....	83
c) Legitimidad democrática .....	85
4. Síntesis: una compañía de actores .....	86
<b>IV. EL PODER ADMINISTRATIVO ANTE EL JUEZ .....</b>	<b>89</b>
1. Consideraciones previas .....	89
2. Reserva de jurisdicción contencioso-administrativa.....	89
3. Posibles razones justificativas de una jurisdicción especializada .....	95
a) Historia .....	97
b) Organizativas: eficacia y especialización .....	99
4. Cuestiones procesales específicas en los litigios en relación con el ejercicio de la autotutela .....	103
a) Pronunciamiento posterior a una resolución dictada en virtud de la autotutela (el carácter impugnatorio del recurso contencioso-administrativo).....	103
b) Deferencia judicial.....	107
c) Legitimación procesal.....	112
<b>V. ARBITRAJE PÚBLICO Y CONSTITUCIÓN.....</b>	<b>115</b>
1. Introducción: los principios constitucionales como parámetro .....	115
2. Arbitraje privado y Constitución.....	116
3. Arbitraje público y colapso de la jurisdicción.....	120
4. El derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos como “motor y fundamento” del arbitraje público.....	122
5. El principio de legalidad (art. 103.1 CE) y la injustificada equiparación del arbitraje con la transacción .....	124
6. La satisfacción del interés general con objetividad y el principio de eficacia (art. 103.1 CE).....	132
7. Reserva especial de jurisdicción (artículo 106.1 CE).....	137

a)	La constitucionalidad del arbitraje privado como punto de partida .....	139
b)	La concepción individualista del proceso contencioso-administrativo .....	141
i.	La “nueva justicia administrativa” de García de Enterría: una concepción individualista.....	142
ii.	Implicaciones para el arbitraje público.....	144
c)	El arbitraje público no crea ningún espacio de poder público inmune al control .....	146
d)	Las controversias del sector público de derecho privado .....	150
8.	Principio democrático.....	152
9.	Una ley general de arbitraje público.....	153
10.	Derecho de la Unión Europea.....	154
11.	Derecho internacional público .....	158
a)	Concepto “comercial” en la Convención de Nueva York .....	158
b)	Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional de 1961.....	160
12.	Conclusión.....	161
<b>VI.</b>	<b>LA ARBITRABILIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO (I) .....</b>	<b>163</b>
1.	La arbitrabilidad en el arbitraje privado .....	164
a)	Rasgos generales de la arbitrabilidad en derecho privado .....	164
b)	Criterios de arbitrabilidad en el Derecho privado .....	168
i.	Disponibilidad.....	168
ii.	Pretensión de derecho patrimonial .....	173
iii.	Afectación a derechos de terceros .....	175
iv.	Las excepciones legales de no arbitrabilidad .....	176
2.	Criterios de arbitrabilidad planteados por la doctrina en relación con el arbitraje público.....	178
a)	Potestad discrecional vs. potestad reglada.....	179
b)	El carácter unilateral o bilateral de la actuación administrativa .....	185
c)	La actuación administrativa sometida al Derecho privado .....	188
d)	Normas imperativas y normas dispositivas .....	195
e)	Equiparación con el ámbito de la transacción .....	196
f)	Reclamaciones de cantidad .....	198
g)	Determinación de conceptos indeterminados y complejidad técnica .....	201
h)	El “colapso” de la jurisdicción como pauta .....	202

i)	El arbitraje en los casos de “autotutela abusiva” .....	203
j)	El planteamiento casuístico .....	204
3.	Criterios de arbitrabilidad en el derecho positivo .....	205
a)	Limitación según el tipo de entidad pública y según la fase contractual (legislación de contratación pública).....	205
b)	Elemento de internacionalidad en los contratos públicos.....	211
c)	La participación del Estado en los mercados financieros internacionales .....	214
4.	Conclusión.....	216
<b>VII. LA ARBITRABILIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO (II).....</b>		<b>217</b>
1.	Un cambio de perspectiva.....	217
2.	La ley como puerta de entrada al arbitraje: la autorización legislativa por materias .....	218
3.	Criterio de afectación a terceros.....	221
a)	Arbitraje público, consentimiento e interesados.....	221
b)	La diferencia entre un círculo amplio y un círculo indeterminado de potenciales partes .....	223
c)	La mayor indeterminación del círculo de interesados, por sí sola, no implica la falta de arbitrabilidad .....	226
4.	Criterio de necesidad de jurisprudencia .....	229
a)	La segunda función de la jurisdicción: la creación de jurisprudencia .....	230
b)	Formulación del criterio de necesidad de precedente.....	233
i.	La incapacidad del laudo arbitral para crear jurisprudencia .....	233
ii.	La afectación del arbitraje a la capacidad de los jueces para formar jurisprudencia.....	236
c)	Ejemplos de aplicación del criterio.....	237
i.	Control judicial de la potestad reglamentaria .....	237
ii.	Resto de la actividad administrativa.....	240
5.	Criterio de mayor necesidad de rendición de cuentas ( <i>accountability</i> ).....	242
a)	Trascendencia para la Hacienda pública .....	242
b)	Legitimidad democrática .....	243
<b>VIII. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL ARBITRAJE PÚBLICO .....</b>		<b>247</b>
1.	La “timidez legislativa” en el arbitraje público.....	248
a)	Punto de partida .....	248
i.	Ley modelo CNUDMI .....	249

ii.	Exposición de motivos y tramitación parlamentaria .....	250
iii.	Opiniones doctrinales .....	251
iv.	Conclusión.....	253
b)	Comentario general a las disposiciones vigentes sobre arbitraje del sector público .....	254
c)	Conclusión.....	257
2.	Competencia para aprobar la ley general de arbitraje público .....	257
3.	El arbitraje público como sustituto de la fase judicial.....	258
4.	El consentimiento .....	262
a)	La autorización por parte del órgano de dirección política (LGP, LPAP y legislación equivalente) .....	263
b)	La vía portuguesa y del arbitraje de inversiones: consentimiento de las entidades públicas a arbitraje previsto por la ley.....	266
5.	<i>Kompetenz-Kompetenz</i> .....	267
6.	Designación de los árbitros.....	269
a)	Perspectiva de contratos del sector público .....	271
7.	Procedimiento arbitral .....	272
a)	Configuración general del procedimiento.....	272
b)	Asistencia letrada.....	273
c)	Medidas cautelares.....	273
d)	Ejecución del laudo.....	274
8.	Publicidad del laudo arbitral .....	275
9.	Alcance del control judicial posterior .....	278
10.	Cuestión de constitucionalidad y de ilegalidad.....	280
<b>IX.</b>	<b>CONCLUSIONS.....</b>	<b>283</b>
	Abreviaciones utilizadas .....	287
	Bibliografía citada.....	289



## Introducción

### La recepción del arbitraje como un “extraño invitado” en el sector público

La situación actual del arbitraje en el sector público español podría compararse con aquella en la que se encuentra un invitado a una fiesta o banquete, en el que se siente –o le hacen sentir– fuera de lugar. Para muchos, da la impresión de que la idea del arbitraje no acaba de amoldarse al entramado de instituciones del derecho administrativo o del sector público, como la autotutela administrativa, los recursos administrativos, el dominio público, la autorización de actividades o el concepto de interés general.

En este contexto, el arbitraje, como invitado imaginario, se siente –o le hacen sentir– extraño. El entorno en el que se ha movido tradicionalmente es el mundo civil y mercantil y, en ciertos países, también el ámbito laboral. Muy pocos dudan sobre la idoneidad de “invitar” al arbitraje cuando se trata de conflictos sobre contratos de compraventa de mercancías, pactos parasociales o litigios sucesorios. Tampoco se reputa extraño verlo en controversias en torno a la propiedad de bienes inmuebles o en relación con cuestiones de propiedad intelectual e industrial. En cambio, tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia que presiden el banquete administrativo han invitado al arbitraje en muy pocas ocasiones. En estos círculos, el arbitraje es visto como un “extraño invitado”.

Como es sabido, el arbitraje de derecho<sup>3</sup> es un mecanismo de resolución de conflictos alternativo a los tribunales de justicia<sup>4</sup>, que ha sido calificado por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) como “equivalente jurisdiccional”. Este carácter se basa, según el alto tribunal, en el hecho de que “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)<sup>5</sup>”. En el arbitraje de derecho, a diferencia de la mediación o la transacción, la decisión que pone fin al conflicto –el denominado laudo arbitral– debe ofrecer una solución fundada en derecho, y es el resultado de un procedimiento que comparte muchos rasgos con un proceso judicial, pero que se diferencia del mismo por una mayor flexibilidad y agilidad.

---

<sup>3</sup> Tal y como explico en el capítulo V, el arbitraje público que analizo en esta tesis necesariamente es de derecho.

<sup>4</sup> La definición de arbitraje en el Diccionario del español jurídico es la siguiente:

“1. *Civ. y Proc.* Sistema extrajudicial de resolución de los conflictos intersubjetivos sobre cuestiones de libre disposición. Su origen se encuentra en el denominado *convenio arbitral*, mediante el cual las partes encomiendan la decisión de la controversia a uno o varios árbitros. Lo dictaminado por los árbitros en sus actuaciones se materializa en un laudo arbitral que tiene fuerza equivalente a la de una sentencia y puede ser ejecutado de manera forzosa por los órganos judiciales competentes. La validez del laudo puede ser impugnada ante los tribunales mediante el ejercicio de la acción de anulación con base en motivos tasados.”

<https://dej.rae.es/lema/arbitraje>, consultado el 31 de octubre de 2019.

<sup>5</sup> En este sentido, y por todas, STC 62/1991, de 22 de marzo, *Estatuto gallego del consumidor y usuario*, FJ 5.

Las razones que han hecho del arbitraje un comensal habitual en el “banquete” civil y mercantil son diversas. Por un lado, la agilidad y la flexibilidad propias del procedimiento arbitral permiten que este se adapte a cada caso concreto y a las necesidades de las partes. Por otro lado, se suele destacar la especialización que ofrecen los árbitros, tanto en relación con ámbitos jurídicos (es decir, especialistas en derecho farmacéutico o en derecho de la construcción, por ejemplo), como en relación con disciplinas no jurídicas (como veremos más adelante, la ley permite que técnicos no juristas, como arquitectos, científicos o economistas, formen parte del tribunal arbitral). Otro rasgo del arbitraje que se suele presentar como ventaja en el mundo mercantil es el carácter definitivo del laudo –en general, no se puede interponer un recurso de apelación contra el mismo-, de forma que el conflicto se zanja más rápidamente. Por último, en el dominio mercantil o civil también se destaca el principio general de confidencialidad del procedimiento arbitral<sup>6</sup>.

Las ventajas que presenta el arbitraje explican que sea un recurso atractivo, pero no responden a la pregunta de si es una institución legítima desde el punto de vista constitucional y, más en general, cuál es su naturaleza. La respuesta a estas preguntas pasa necesariamente por una constatación: generalmente se asocian las controversias de derecho privado con la autonomía de voluntad. Si bien es cierto que la ley ha entrado a regular con carácter imperativo muchos de los aspectos de estas instituciones privadas –como en el derecho societario, por ejemplo-, la existencia de las relaciones jurídicas de derecho privado sigue dependiendo, en muchas ocasiones, de la voluntad negocial de las personas implicadas.

Como consecuencia de lo anterior, comúnmente se percibe como algo lógico que las partes puedan decidir trasladar la resolución del conflicto a un árbitro, en lugar de un juez. Desde esta perspectiva, quien puede lo más (constituir una sociedad, celebrar un contrato, otorgar un testamento), puede lo menos (decidir que la correspondiente controversia sea resuelta por un árbitro en lugar de un juez). En este sentido, se suele vincular el arbitraje con la autonomía de voluntad, como concreción del principio aún más amplio de libertad (este principio es su “fundamento y motor”, en palabras del Tribunal Constitucional<sup>7</sup>).

Llegados a este punto, hay que preguntarse si sucede lo mismo con la utilización del arbitraje en las controversias catalogadas como de derecho administrativo y, más ampliamente, en las controversias que tienen lugar dentro del sector público. En este campo, la admisibilidad del

---

<sup>6</sup> Para un completo repaso de las características que se suelen citar como ventajas del arbitraje en el mundo mercantil internacional, ver Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I (Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International, 2014), 73-93.

<sup>7</sup> ATC 259/1993, *Juliana Constructora Gijonesa*. En el mismo sentido, Juan Montero Aroca señala lo siguiente “La institución arbitral encuentra su base, de entrada, en la libertad. Si los titulares de derechos subjetivos privados disponen realmente de ellos, si existe verdadera autonomía de voluntad a la hora de establecer, modificar o extinguir relaciones jurídico-materiales privadas, si la Constitución delimita un marco de libertad jurídica, nada puede impedir que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos de los judiciales previstos por el Estado. El principio base es el de la libre disposición y ésta puede referirse tanto a su aspecto de derecho material como al de derecho jurisdiccional”, «Artículo 1», en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, ed. Juan Montero Aroca (Madrid: Civitas, 1990), 20.

arbitraje sigue siendo una incógnita. Las previsiones legislativas sobre la materia son escasas y dispersas, las pocas resoluciones judiciales son confusas y, en la doctrina, numerosos autores han expresado sus dudas acerca de la aplicación de este medio de resolución de conflictos cuando se trata de controversias de derecho administrativo.

Por de pronto, los casos paradigmáticos de ambos mundos parecen antagónicos y, por lo tanto, alguien podría pensar que, si el arbitraje se desenvuelve sin problemas en el mundo jurídico privado, en el ámbito del sector público, por fuerza, no lo hará. Así, en estos dominios, el arbitraje estaría condenado a ser, a lo sumo, un extraño invitado.

Una de las razones que podrían sustentar esta posición es la naturaleza supuestamente no voluntaria de las relaciones jurídico-administrativas, en contraposición con el instituto paradigmático del derecho privado, el contrato. Sin embargo, en el ámbito jurídico-administrativo no todo es “imposición”, también existen relaciones contractuales, como puede ser la derivada del contrato de suministro de mobiliario de oficina de un ayuntamiento, sin olvidar las relaciones entre la Administración y el solicitante de una autorización.

Otro motivo de desconfianza hacia el “invitado” arbitraje parece tener origen en una diferencia entre el proceso judicial civil, al que sustituye el arbitraje privado, y el proceso contencioso-administrativo, al que sustituiría, generalmente, el arbitraje público. Mientras que el juez civil resuelve sobre decisiones o comportamientos de particulares (la resolución de un contrato, un testamento, un acuerdo de un consejo de administración de una sociedad mercantil...), el juez contencioso-administrativo normalmente debe pronunciarse sobre la conformidad a derecho de una actuación previa de una organización pública. Ciertamente, esta distinción es irrefutable, pero no parece que pueda plantearse como un obstáculo, de entrada, para el arbitraje. Como han señalado Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la “Constitución no dice en parte alguna, ni permite interpretarse así”, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva “sea más débil, más tenue, menos efectivo cuando el proceso se trabe con una Administración pública<sup>8</sup>”. Además, como veremos a lo largo de la tesis, el arbitraje no tiene por qué resultar incompatible con las especificidades que puede revestir un proceso judicial frente a una Administración, puesto que se pueden aplicar las mismas doctrinas de la deferencia hacia los elementos discrecionales o utilizar los mismos mecanismos que la jurisdicción para emplazar a los interesados.

Otro argumento habitual es aquel según el cual el arbitraje solo es apto para las controversias donde los intereses en liza son puramente privados. En cambio, el arbitraje no resulta adecuado en los conflictos en los que está en juego el interés público, que supuestamente coinciden con los contencioso-administrativos,

Frente a esta posición, hay que subrayar, en primer lugar, que la idea de que arbitraje e interés público son incompatibles debe descartarse, puesto que el procedimiento arbitral no significa

---

<sup>8</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 15.ª ed., vol. II (Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2017), 601.

transigir o renunciar a la aplicación del derecho, sino que implica que es el árbitro, en vez de un juez, quien resuelve el conflicto conforme a las normas jurídicas aplicables, con independencia e imparcialidad y con sujeción a las garantías básicas de igualdad, audiencia y contradicción. En segundo lugar, como comprobaremos en este trabajo, las fronteras entre el interés público y privado son extremadamente difusas, de forma que resulta difícil erigir una barrera de entrada sobre la base de un fundamento tan inestable. En efecto, en el derecho privado también se halla presente el interés público y ello no ha impedido la utilización del arbitraje. Por otro lado, algunos han argumentado que, en algunos supuestos de derecho administrativo, este interés público presenta una menor intensidad, dado que en realidad se trata de una controversia entre particulares formalizada como un conflicto administrativo. Pensemos, por ejemplo, en la controversia alrededor de un proyecto de reparcelación (o compensación) urbanística, en el que los propietarios discuten sobre el reparto de fincas con aprovechamiento privado, pero no cuestionan la adjudicación a la Administración de los terrenos destinados a usos públicos<sup>9</sup>.

Reflexiones como las anteriores han llevado a preguntarme qué razones justifican la atribución de potestades a la Administración y, a la vez, si estas razones son relevantes a efectos de determinar la admisibilidad del arbitraje en el sector público. ¿Se trata de una mayor legitimidad democrática de la Administración frente al juez para decidir sobre ciertas cuestiones? ¿O más bien una legitimidad de carácter “técnico”? Respecto al arbitraje, esto nos lleva a una cuestión ulterior: ¿El hecho de que la decisión sobre autorizar una actividad económica o aprobar un determinado reparto de fincas resultantes de una reparcelación sea tomada en primer lugar por un órgano administrativo impide que el eventual proceso de revisión de esta decisión tenga lugar ante un árbitro en lugar de ante un juez? ¿Pueden establecerse distinciones sólidas a partir de la idea de interés público e interés privado? ¿En cualquier caso, estas distinciones son útiles o relevantes para el arbitraje?

No cabe duda de que partimos de un escenario con muchos interrogantes abiertos. Como podrá verse a lo largo del trabajo, la cuestión de si el arbitraje puede ser recibido en el sector público como un invitado con todos los honores requerirá descender hasta las profundidades de la disciplina del derecho administrativo y revisar muchas concepciones, que se aceptan como postulados, evidentes en sí mismos. En definitiva, todas estas reflexiones, que abordaré con más detalle a lo largo del trabajo, llevan a cuestionarse si el tratamiento del arbitraje en el sector público como un “extraño invitado” está justificado. Como argumentaré a lo largo de los capítulos siguientes, creo que existen razones suficientes para superar el recelo que envuelve esta institución y presentar una nueva propuesta.

### **Panorama doctrinal**

En los párrafos anteriores he expuesto las reflexiones y preguntas que me han llevado a estudiar la admisibilidad del arbitraje en el sector público. Ahora corresponde explicar por qué creo que el tema sigue siendo de interés, a pesar de que muchos autores ya hayan puesto

---

<sup>9</sup> Debo este ejemplo, que inspiró en gran parte esta tesis, al Prof. Dr. Carles Pareja Lozano.

los pies en este terreno (aparentemente) tan pantanoso<sup>10</sup>. En efecto, se han publicado diversas monografías sobre la materia<sup>11</sup>, así como muchos artículos y capítulos en obras colectivas. Sin embargo, y a pesar de la calidad de algunas de estas aportaciones, los resultados no son concluyentes, en el sentido de ofrecer una respuesta convincente, en sentido positivo o negativo, a la pregunta de si el arbitraje es, o debe ser, un extraño invitado en el sector público.

Por una parte, quienes han defendido la viabilidad de esta figura han sido ignorados tanto por el legislador como por las administraciones y el resto de profesionales jurídicos. En efecto, no se han dado pasos significativos para normalizar el uso de este mecanismo. Por otra parte, las tesis contrarias o escépticas respecto a esta figura<sup>12</sup> tampoco han impedido que la pregunta siga generando debate.

Pues bien, ni el escepticismo de voces tan influyentes como la de Santamaría Pastor –quien se refiere, en bloque, a todos los mecanismos alternativos-, ni todos los estudios contrarios al arbitraje público, han logrado evitar que otros autores aborden de nuevo la cuestión<sup>13</sup>. ¿Tiene sentido, entonces, un nuevo asalto a una fortaleza que opone tal resistencia? En mi opinión, sí merece la pena, puesto que, con algunas excepciones, los estudios publicados hasta el momento no aciertan a situar el foco sobre las cuestiones que realmente son clave para dilucidar la admisibilidad del arbitraje en el sector público. En este sentido, creo que hay diversos aspectos que no se han analizado suficientemente o que directamente no se han abordado.

Entre otras cuestiones, se pueden destacar la relación entre la institución de la autotutela y el arbitraje, la necesidad de desvincular la transacción del arbitraje y de romper el nexo entre disponibilidad y arbitrabilidad o el tener en cuenta el fenómeno del arbitraje internacional de inversiones. Estos son algunos de los temas en los que identifiqué un mayor desacuerdo con

---

<sup>10</sup> En el capítulo I argumentaré por qué he preferido el término arbitraje público o arbitraje del sector público frente al término tradicional de “arbitraje administrativo”.

<sup>11</sup> Todos estos trabajos se irán citando a lo largo de la tesis, pero ya puedo adelantar que las obras más destacables son las siguientes monografías: Alejandro Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos* (Bologna: Real Colegio de España, 2000), Roberto O. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3.ª ed. (Cizur Menor: Aranzadi, 2010), Marta García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo* (Cizur Menor: Aranzadi, 2011).

<sup>12</sup> Juan Alfonso Santamaría Pastor, por ejemplo, se ha mostrado claramente escéptico sobre la posibilidad de implantar medios alternativos de resolución de conflictos en los litigios con las Administraciones españolas. Considera que las “alabanzas entusiásticas” a favor de estos mecanismos en el ámbito contencioso-administrativo son “una asombrosa mezcla de cinismo y de buenismo endémico”, dado que “los medios de arreglo transaccional de los conflictos” no serán utilizados, “porque es un modo de ser cultural de nuestras Administraciones el no transigir nunca”, Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público* (Cizur Menor: Aranzadi, 2015), 35.

<sup>13</sup> En los últimos años se han publicado diversas monografías y estudios colectivos en este campo: Covadonga Isabel Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público* (Cizur Menor: Aranzadi, 2017), Carla Esplugues Barona, *Arbitraje y Derecho administrativo. Teoría y realidad*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), Pablo Chico de la Cámara (dir.), *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017).

los estudios publicados y que, junto con otras ideas que expondré a lo largo de la tesis, considero que justifican el interés de un nuevo trabajo sobre el arbitraje público, que aporte una nueva perspectiva sobre el debate.

## I. EL ARBITRAJE PÚBLICO: CONCEPTO

Esta tesis trata sobre la posibilidad de utilizar el arbitraje en las controversias que surgen dentro del sector público, independientemente de su clasificación como de derecho administrativo o como de derecho privado. De este modo, la investigación no se centra exclusivamente en la relación entre el arbitraje y el derecho administrativo o el derecho público, como ha sido habitual en las obras doctrinales publicadas hasta el momento, sino que abarca un ámbito más amplio, incluyendo, por ejemplo, los conflictos entre particulares y empresas públicas con forma jurídica de sociedad mercantil. Así pues, me parece más adecuado hablar de arbitraje público o de arbitraje en el sector público, en lugar de la expresión tradicional de “arbitraje administrativo”.

Los contornos del arbitraje administrativo tradicional no están definidos claramente ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, ni en la legislación. Por ello, creo necesario empezar por delimitar claramente qué entiendo por arbitraje público, tarea a la que dedico este primer capítulo.

En el primer epígrafe, hago referencia, de forma sumaria, a las características principales del arbitraje público, como modalidad de arbitraje. En particular, me refiero a la caracterización de la institución como omnicompreensiva, tanto del tradicional arbitraje administrativo, entendido como aquel que sustituye a la jurisdicción contencioso-administrativa, como el que se celebra en sustitución de un proceso judicial del orden civil o social. Esta perspectiva se justifica por la consolidación del concepto de sector público y de la perspectiva material y no formal que subyace a él. Como veremos, el ámbito del derecho del sector público sobrepasa el del derecho administrativo tradicional y engloba la actividad de todas las entidades del sector público, tanto si tienen una personificación de derecho público como si esta es de derecho privado, como ocurre con muchas empresas públicas.

En el segundo epígrafe, a fin de evitar las confusiones habituales en las que ha incurrido tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia, hago alusión a diversas instituciones que se han equiparado injustificadamente al arbitraje, o que incluso se han categorizado como “arbitrales”, cuando en realidad no presentan los rasgos definitorios de esta figura.

### 1. Concepto de arbitraje público

El arbitraje público es una modalidad de arbitraje que se distingue del arbitraje “clásico”, utilizado en las controversias entre particulares, por el rasgo principal de que, al menos una de las partes implicadas en el litigio, es una entidad del sector público. El concepto de entidad del sector público comprende tanto a las Administraciones públicas entendidas en sentido

estricto, de conformidad con el art. 2.3 LRSJP<sup>14</sup> o el art. 3.2 LCSP 2017<sup>15</sup> (por ejemplo, un Ayuntamiento), como al resto de entes del sector público que no son considerados administración pública a todos los efectos, tales como las entidades públicas empresariales (un ejemplo sería el Administrador de infraestructuras ferroviarias –ADIF–), o las sociedades mercantiles públicas (por ejemplo, la empresa pública que gestiona el mercado central de Barcelona, MERCABARNA, S.A.).

Además de señalar este rasgo diferencial de la modalidad de arbitraje público, concurren algunas especificidades cuando la controversia es clasificada como de derecho administrativo. Como es sabido, el arbitraje representa un equivalente jurisdiccional, es decir, que está concebido para resolver controversias susceptibles de ser llevadas ante un tribunal de justicia. No se trata, como recordaré con más detalle en el segundo epígrafe, de un tercero imparcial que ayude a las partes a llegar a un acuerdo ni a completar un elemento incierto de la relación jurídica.

En definitiva, en esta tesis concibo el arbitraje público como una modalidad del arbitraje tradicional, que, no obstante, presenta algunas especificidades, derivadas principalmente de la presencia de una entidad del sector público como parte del procedimiento arbitral<sup>16</sup>.

Conviene explicar ahora por qué resulta más adecuado partir del concepto de arbitraje público en lugar del tradicional de arbitraje administrativo. Es necesario concebir el arbitraje público como una categoría omnicomprendiva, que parte del concepto de sector público que establecen, entre otras leyes, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la LCSP 2017.

La doctrina que ha estudiado la cuestión normalmente ha utilizado el término “arbitraje administrativo” porque da por hecho que el procedimiento arbitral sustituye el proceso contencioso-administrativo. Es decir, muy a menudo, cuando se habla de arbitraje administrativo se está haciendo referencia al “arbitraje contencioso-administrativo<sup>17</sup>”.

---

<sup>14</sup> Según este artículo, tienen la consideración de Administraciones Públicas 1) la Administración General del Estado, 2) las Administraciones de las Comunidades Autónomas, 3) las Entidades que integran la Administración Local, y 4) los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

<sup>15</sup> De acuerdo con este artículo, serán consideradas administración pública a efectos de la LCSP 2017 las mismas entidades referidas en el art. 2.3 LRJSP, más las “Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social”, las Universidades públicas y las autoridades administrativas independientes”, además de las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco.

<sup>16</sup> En el último capítulo trataré las diferencias que van más allá de este punto de partida, y que creo que tendría que abordar una ley general de arbitraje público. Es decir, cuestiones que deberían tener una regulación distinta de la que prevé la LArb 2003.

<sup>17</sup> En este mismo sentido, Francisco López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», *Justicia Administrativa*, n.º 2 (1999): 5-22.

En cambio, aquí prefiero hablar de “arbitraje público” o “arbitraje del sector público”, porque en este tipo de arbitraje no necesariamente se estará sustituyendo al juez contencioso-administrativo, sino que puede que la jurisdicción sustituida sea la civil. Este ha sido durante mucho tiempo el caso de los litigios en torno al cumplimiento, ejecución y extinción de los contratos calificados como “privados” por la legislación de contratación pública, típicamente adjudicados por entidades del sector público que no son Administración pública en sentido estricto, como ADIF o MERCABARNA, S.A., por poner los ejemplos citados anteriormente.

Así pues, normalmente, el arbitraje en el que interviene una entidad del sector público que no reviste el carácter de administración pública (por ejemplo, una sociedad mercantil pública), no sería objeto del estudio para muchos autores, en la medida en que no se trataría de un auténtico arbitraje administrativo, porque el procedimiento judicial sustituido por el arbitral será civil y no contencioso-administrativo<sup>18</sup>. En cambio, el concepto de arbitraje público que utilizo en este trabajo sí englobaría este supuesto. Lo relevante es que esta tendencia doctrinal solo se plantea la admisibilidad del arbitraje del sector público cuando se trata de controversias de derecho administrativo, mientras que no ve ningún obstáculo legal ni constitucional para utilizar esta institución en litigios del sector público de derecho privado<sup>19</sup>.

Me parece que la perspectiva utilizada por esta línea doctrinal entraña una contradicción interna importante. Si se considera que el problema es que el arbitraje es incompatible con el interés público -que, supuestamente, solo impregna las controversias de derecho administrativo-, entonces no se puede admitir el arbitraje en los litigios que, si bien nacen dentro del sector público, deben ser resueltos con arreglo al derecho privado. Según esta perspectiva, parecería que todo obstáculo relacionado con el arbitraje desaparece cuando la actuación de un poder público no se ha formalizado con sujeción al derecho administrativo, sino con sujeción al derecho privado.

---

<sup>18</sup> Hay que decir que este esquema general tiene excepciones: a veces la jurisdicción civil es competente para conocer litigios en los que es parte una Administración pública en sentido estricto (por ejemplo, en ciertos conflictos de legislación patrimonial, art. 41.2 LPAP) y, a la inversa, a veces la jurisdicción contencioso-administrativa puede ser competente para resolver conflictos en los que es parte una entidad del sector público que no es Administración (por ejemplo, cuestiones como “las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores”, art. 27.1.d LCSP).

<sup>19</sup> En este sentido se ha pronunciado Huergo Lora, uno de los autores más representativos en el campo del arbitraje administrativo. Según este autor, el acceso al arbitraje en estos supuestos permanecerá abierto y ello no supondrá ningún problema legal ni constitucional, Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 202-3. En una línea similar, Juan Rosa Moreno opina que el arbitraje administrativo o de Derecho público es aquel en el que una de las partes es una persona jurídico-pública que ha actuado sujeta al Derecho administrativo, no al Derecho privado. Para este autor, en el arbitraje administrativo “la cuestión litigiosa sometida a la decisión de los árbitros afecta a los intereses públicos”, en contraposición al arbitraje en el que el conflicto emerge por una actuación administrativa sometida a Derecho privado. Juan Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo* (Madrid: McGraw-Hill, 1998), 101.

Considero inadecuada esta idea por varias razones. En primer lugar, porque no es cierto que el arbitraje sea incompatible con la idea de interés público, como explico con más detalle en el capítulo V. En segundo lugar, incluso partiendo de la premisa de que el derecho administrativo se distingue de otros ámbitos por la presencia del “interés público” –premisas que no comparto-, entonces debe reconocerse que este interés público también está detrás de la actuación administrativa de derecho privado. Como señalaré más adelante, la doctrina y la jurisprudencia han subrayado que la utilización de figuras de derecho privado es puramente instrumental y que al final siempre se encuentra un “núcleo de derecho público”.

En definitiva, en este trabajo me planteo la admisibilidad del arbitraje en el sector público, sin apriorismos. No doy por supuesta la adecuación del arbitraje en controversias del sector público de derecho privado, pero tampoco doy por supuestos ciertos postulados en los que se basan quienes defienden la incompatibilidad del arbitraje con las controversias de derecho administrativo. Así pues, la expresión “arbitraje público” no representa un mero cambio de estilo, sino que pretende reflejar esta perspectiva.

En tercer lugar, creo que la noción de arbitraje público se ajusta a la evolución que ha sufrido nuestro derecho. A la hora de afrontar la regulación del poder público, la legislación ha pasado de una perspectiva formal a una perspectiva material o funcional. De un derecho administrativo basado en el concepto formal de Administración, sujeto extraordinario de derecho con prerrogativas de autotutela, se ha pasado a un “derecho del sector público”, que, si bien no se separa del todo de la tradición, ahora otorga relevancia jurídica a aspectos “materiales” como la financiación del ente en cuestión, o el poder de dirección real que se esconde detrás de ciertas personificaciones jurídicas instrumentales.

Este cambio de perspectiva puede detectarse en la legislación sobre régimen jurídico del sector público (LRJSP 2015), en la normativa sobre contratos del sector público (LCSP 2017) o en la legislación presupuestaria.

En efecto, la vigente LRSJP 2015 entierra la visión reflejada en la anterior LRJAP-PAC 1992, que se centraba en las Administraciones públicas en sentido estricto, para pasar a regular de forma global al sector público. En esta ley el concepto de “sector público” no se define como tal, pero en su artículo 2.1 encontramos una lista de todas las entidades que pertenecen al mismo, entre las que se incluyen no solo las Administraciones que eran objeto de la LRJAP-PAC, sino que también se incluye el sector público institucional, al que pertenecen tanto las entidades vinculadas o dependientes de Administraciones Públicas, tanto si revisten forma jurídico-pública (por ejemplo, un organismo autónomo), como las que revisten una forma jurídico-privada (una sociedad mercantil estatal).

Así pues, las entidades de derecho privado que dependen o se vinculan a una Administración pública en sentido estricto, como pueden ser una sociedad mercantil municipal o una fundación en la que la mayoría de sus patronos son nombrados por una Administración, también se sujetan a los principios fundamentales que establece el artículo 3 LRSJP, como la “racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades

materiales de gestión”, la “buena fe, confianza legítima y lealtad institucional” o la “responsabilidad por la gestión pública”.

En cuanto a la legislación sobre contratos públicos, cabe señalar que no fue hasta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2007), cuando la legislación en materia de contratación pública dejó de lado, al menos parcialmente, la aproximación formalista a la que me acabo de referir. En esta nueva ley, el legislador reconoce que no solo las Administraciones públicas, según la definición de la entonces vigente LRJAP-PAC, formaban parte del llamado “sector público”, sino que el ámbito de aplicación de la LCSP comprendía un conjunto de entidades con formas jurídicas diversas, públicas y privadas, que se hallaban sujetas a unas normas específicas al celebrar contratos, distintas de las que rigen la actividad de cualquier particular, sea persona física o jurídica.

Las directivas de la UE en materia de contratos públicos parten de una aproximación no formal al Derecho del poder público administrativo. El concepto de poder adjudicador es un concepto autónomo que no se basa en las categorías existentes en los distintos Estados miembros y que se fundamenta en una consideración pragmática: el derecho de la contratación pública debe aplicarse a todas aquellas entidades que formen parte del sector público. El ámbito de entidades que se agrupan bajo esta etiqueta no se determina sobre la base de categorizaciones formales, sino que el criterio relevante es el de la proveniencia de los fondos y de las funciones que tienen encomendadas. Es decir, el legislador de la UE se fija en los aspectos “materiales” y no formales a la hora de establecer el ámbito de aplicación de este conjunto normativo<sup>20</sup>. En contraste con esta idea, en España el derecho sigue mostrando cierta inclinación hacia la formalidad a la hora de enfrentarse al sector público.

El propio derecho de la contratación pública español distingue entre administraciones públicas en sentido estricto y entidades análogas con sujeción completa al derecho administrativo (como los organismos autónomos), por un lado, y entidades del sector público que no se consideran administraciones públicas (como las entidades públicas empresariales o las sociedades mercantiles públicas), por el otro. Al dictaminar sobre el anteproyecto de lo que acabaría siendo la LCSP 2017, el Consejo de Estado señaló que, para adaptarse a las directivas europeas, el derecho de contratación pública español ha pasado de girar “en torno a las ideas de construcción formal de categorías, de prerrogativas administrativas -que atribuyen a la Administración una situación de preeminencia en la relación contractual- y de interés público y eficacia administrativa” a seguir el esquema de las directivas, que

---

<sup>20</sup> El concepto de sector público utilizado en las directivas se debe, en gran parte, al denominado Sistema Europeo de Cuentas 2010 (conocido habitualmente como SEC 2010, o, simplemente, SEC), que fue aprobado por el Reglamento (UE) n° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

El término “sector público” es utilizado habitualmente también por los economistas para definir el conjunto de actividad económica desarrollada por el Estado en sentido amplio. En este campo, se ha señalado que, al fin y al cabo, la delimitación de lo que constituye el sector público es una convención, puesto que se podrían utilizar diferentes criterios, Emilio Albi Ibáñez et al., *Economía pública I*, 4.ª ed. (Barcelona: Ariel, 2017), 20.

“construyen un concepto funcional - ajeno a las formas de personificación pública- del sector público<sup>21</sup>”.

De la LCSP 2017 también debe destacarse que ha incluido en su ámbito de aplicación subjetivo, si bien con un grado de sujeción menor, a entidades que no responden a la idea clásica de sector público. Se trata de las entidades enumeradas en el artículo 3.4 LCSP: partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos establecidos en el precepto. Estos requisitos están relacionados con el criterio de financiación pública o de control público. Por otro lado, el artículo 23 LCSP incluye en su ámbito de aplicación ciertos contratos subvencionados celebrados por entidades privadas<sup>22</sup>.

En definitiva, el área de aplicación de la normativa contractual del sector público se ha expandido claramente más allá de los límites del concepto tradicional de Administración pública. En efecto, lo que se ha expuesto en las anteriores líneas acredita que, en ámbitos tan importantes como el de la contratación pública, el criterio determinante no es la forma jurídica externa que presenta una entidad, sino otros criterios como son la financiación pública mayoritaria o el control de los órganos decisorios por parte de otra entidad que sea considerada poder adjudicador. Para el legislador, estos contratos deben contar con una normativa específica en cuanto a algunos de sus aspectos –sobre todo, el procedimiento y los criterios para escoger el contratista-, sea cual sea la forma jurídica de la entidad contratante, puesto que están en juego recursos públicos y el objetivo principal es garantizar la libre competencia en el mercado<sup>23</sup>.

El derecho de la contratación pública representa, seguramente, el ámbito en el que más claramente se ha impuesto una perspectiva funcional o material a la hora de acercarse al fenómeno de la Administración en sentido amplio. El concepto de sector público permite prescindir del detalle de si la entidad en cuestión tiene una personificación jurídica privada o pública y de si la actividad que desarrolla se categoriza como de derecho administrativo o

---

<sup>21</sup> Dictamen del Consejo de Estado, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (Nº expediente 1116/2015).

<sup>22</sup> Mariano López Benítez, «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público», *Documentación administrativa*, n.º 4 (2017).

<sup>23</sup> El caso *Comisión contra Irlanda* (STJUE 17 de diciembre de 1998, C-353/96) es un buen ejemplo de esta perspectiva funcional. En esta sentencia, el TJCE fundamentó su decisión en la necesidad de hacer plenamente efectivo el principio de libre circulación de mercancías:

“35. Ha de recordarse que la coordinación a escala comunitaria de los procedimientos de celebración de contratos públicos de suministro tiene por objeto evitar los obstáculos a la libre circulación de mercancías.

36. Para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de poder adjudicador debe recibir una interpretación funcional (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, (...), apartado 62)”.

como de derecho privado. Bajo este punto de vista, el concepto de arbitraje público también se amolda mejor a la perspectiva adoptada por legislación de los contratos del sector público.

Previamente a la LCSP 2007, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP) ya había adoptado una concepción material para definir el sector público. En su artículo 1, la LGP habla de “sector público estatal”, en el que se incluyen tanto administraciones públicas a efectos de la LRJAP-PAC como otras entidades, tales como sociedades mercantiles públicas o entidades públicas empresariales. De este modo, el concepto de arbitraje público que definiendo también se ajusta a la perspectiva adoptada por la legislación presupuestaria.

En conclusión, teniendo en cuenta las leyes más relevantes aplicables al sector público, queda claro que no se puede trazar una distinción rígida entre las entidades del sector público que tradicionalmente han recibido la consideración de administraciones públicas en sentido estricto y aquellas entidades del sector público que revisten formas jurídicas privadas o mixtas. Se ha pasado de un punto de vista en el que primaba la caracterización formal de las entidades del sector público a otro en el que la clasificación se basa en el carácter material, real, de las entidades, no en su apariencia formal. Es decir, se presta más atención a aspectos como la actividad a la que se dedican las entidades, por quién son dirigidas, o por su fuente de financiación, y no tanto a su concreto revestimiento formal. De este modo, el concepto de arbitraje público permite responder a esta realidad<sup>24</sup>.

## **2. Distinción de figuras afines o calificadas impropiamente como arbitrales**

A menudo, el arbitraje administrativo ha sido estudiado junto a otras técnicas de resolución extrajudicial o alternativa de conflictos, habitualmente denominadas por sus siglas en inglés, *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), como la mediación y la transacción. A pesar de que estas técnicas comparten con el arbitraje la finalidad de evitar un proceso judicial, el arbitraje presenta diferencias muy relevantes. Por otro lado, también es habitual que, en estos trabajos, se haga referencia a otras figuras calificadas impropiamente como arbitrales, como la del tercero “arbitrador”, que completa un elemento incierto en una relación jurídica.

Probablemente, la confusión de los contornos de la figura del arbitraje público ha venido inducida por los preceptos legales que se refieren a él. Como explica Alejandro Huergo Lora, “la palabra «arbitraje» tiene una carga retórica, un prestigio, que lleva a los legisladores y a los Gobiernos, en ocasiones, a utilizar impropiamente en algunas normas, calificando como arbitraje y como institución arbitral a figuras y órganos que nada tienen que ver con él<sup>25</sup>”. En

---

<sup>24</sup> En este sentido, hay que destacar que los estudiosos y profesionales jurídicos especializados en el campo de lo que tradicionalmente se ha denominado derecho administrativo (organización y actividad de las Administraciones públicas tradicionales), también se ocupan de la organización y actividad de las empresas y fundaciones públicas.

<sup>25</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 152.

este contexto, resulta imprescindible acabar de precisar el concepto de arbitraje público distinguiéndolo de las instituciones que no responden a esta definición<sup>26</sup>.

#### a) El arbitraje impropio como alternativa al recurso administrativo

En primer lugar, hay que hacer referencia al “arbitraje” que menciona el artículo 112.2 LPAC. En este precepto se prevé la posibilidad de que el recurso administrativo de alzada o de reposición sea sustituido, entre otros tipos de mecanismos, por un “arbitraje”. Por su relevancia, es conveniente citar el tenor literal de este precepto:

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

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

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<sup>27</sup>.

En primer lugar, debe destacarse que esta previsión no es directamente aplicable, y no permite utilizar el arbitraje en sustitución de estos recursos, sino que es una mera invitación a que una ley ulterior confirme esta posibilidad<sup>28</sup>. En segundo lugar, el “arbitraje” previsto en este precepto legal no es un auténtico arbitraje porque se encuadra en la fase pre-judicial, la del procedimiento administrativo, de modo que no excluye la posibilidad de que se abra un proceso judicial de carácter plenario en el que se revise la legalidad del “laudo”.

Se trata de una alternativa al recurso administrativo, no del recurso judicial. Si una ley específica llenara de contenido la invitación contenida en el art. 112.2 LPAC, el recurrente dispondría de dos opciones para combatir los actos administrativos que no agoten la vía administrativa: interponer un recurso de alzada ordinario o acudir a una de las vías alternativas que menciona el art. 112.2 LPAC. En el caso de los actos que sí pongan fin a la vía administrativa, el recurrente podría escoger entre tres opciones: interponer un recurso

---

<sup>26</sup> Además de Huergo Lora, otros autores se han dedicado a esta cuestión, como López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 8.

<sup>27</sup> Este artículo se corresponde con el anterior artículo 107.2 LRJAP-PAC de 1992.

<sup>28</sup> En este sentido, García de Enterría y Fernández indican que “han de ser otras normas, con rango de Ley además, las que diseñen en concreto estos procedimientos alternativos de impugnación o una mera posibilidad”, recordando, además, que “la novedad sigue prácticamente inédita, ya que el Gobierno dejó incumplido el encargo que en este sentido hizo la disposición adicional segunda de la Ley de reforma de 13 de enero de 1999 de remitir a las Cortes Generales en el plazo de dieciocho meses el proyecto o proyectos de Ley necesarios para regular estos nuevos procedimientos y la novísima LPAC tampoco ha hecho al respecto”, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 18.ª ed., vol. I (Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2017), 579-80.

administrativo ordinario de reposición o utilizar el mecanismo alternativo del art. 112.2 LPAC. La tercera opción sería la de acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, en caso de utilizar los mecanismos del art. 112.2 LPAC, estos órganos “arbitrales” dictarían una resolución que tendría la naturaleza de un acto administrativo, plenamente revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>29</sup>. En cambio, si se estuviera ante un auténtico arbitraje, los tribunales de justicia tendrían vedado entrar a resolver con carácter plenario sobre el fondo del asunto dirimido en el proceso arbitral<sup>30</sup>.

Una interpretación sistemática de la LPAC 2015 apoya la conclusión de que estamos ante un arbitraje impropio porque no se dicta un auténtico laudo arbitral, sino que se dicta un acto administrativo. En el artículo 35.1 LPAC se enumera una lista de actos que exigen motivación “con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”<sup>31</sup>. Dentro del subapartado b) se incluye la categoría de “los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión”. Así pues, se equipara el acto que resuelve un procedimiento de arbitraje con el acto que resuelve un recurso administrativo o un procedimiento de revisión de oficio.

Esta es una razón más para concluir que el “laudo” arbitral resultante del procedimiento “arbitral” previsto en el artículo 112.2 LPAC tendrá la misma naturaleza que una resolución de un procedimiento de revisión de oficio. Así pues, en este artículo se configura la resolución “arbitral” como un acto administrativo, lo que confirma que no se está ante un auténtico arbitraje, sino ante un tipo de procedimiento administrativo que recibe impropia este nombre, dado que, en principio, el laudo arbitral no es revisable, con carácter plenario, por los órganos judiciales. En definitiva, todo lo expuesto confirma la conclusión de que el artículo 112.5 LPAC no versa sobre arbitraje, sino que en realidad constituye una manifestación más del principio de autotutela administrativa.

Con todo, buena parte de la doctrina que ha estudiado el arbitraje en el derecho administrativo ha incluido dentro de su objeto de análisis el arbitraje impropio del art. 112.5

---

<sup>29</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 99; Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 448, 475.

<sup>30</sup> Huergo Lora también considera que el hecho de que no se excluya la vía judicial –junto al carácter no voluntario del mecanismo– impide considerar que se trate de un auténtico arbitraje. *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 158. En la misma línea, Francisco López Menudo, sostiene lo siguiente: “cuando hablamos del Arbitraje administrativo o de Derecho Público nos referimos propiamente a una vía parajudicial de resolución de controversias jurídico-administrativas que excluya, si bien no sea de modo total y absoluto, la intervención ulterior de la jurisdicción verdadera (lo que implica dar el salto cualitativo y buscar un camino aún inexplorado en nuestra disciplina)”, López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 6.

<sup>31</sup> “b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión”.

LPAC. Esta perspectiva me parece desacertada, puesto que solo añade confusión y no permite centrarse correctamente en las cuestiones que plantea el arbitraje público auténtico, que implica la sustitución de la jurisdicción. Mientras que el resultado de un arbitraje *stricto sensu* será un laudo, una decisión que tendrá el mismo valor que una sentencia judicial, que producirá efectos de cosa juzgada y que, por norma general, no será revisable por los tribunales, el acto administrativo que resulte del “arbitraje” previsto en el art. 112.2 tendrá la naturaleza de acto administrativo que pone fin a la vía administrativa. De este modo, se dejará abierta su impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, que podrán entrar a conocer, prácticamente sin limitaciones, sobre la controversia resuelta por este “laudo arbitral” impropio.

En vista de todo lo expuesto, el concepto de arbitraje público en ningún caso puede incluir el “arbitraje” previsto en el artículo 112.2 LPAC. A pesar de ello, se trata de un precedente legislativo interesante, que fue invocado, por ejemplo, en los borradores de Anteproyecto de Ley de arbitraje administrativo de 5 de septiembre y 21 de diciembre de 2001<sup>32</sup>.

#### b) El tercero “arbitrador” en derecho administrativo

La doctrina que ha estudiado el arbitraje administrativo también se ha fijado en otros mecanismos que prevé la legislación administrativa. En muchos casos, los autores mencionan estas instituciones para distinguirlos del auténtico arbitraje. Huergo Lora, por ejemplo, empieza por mencionar la figura del tercero “arbitrador” que prevén ciertas normas de derecho privado. Uno de los supuestos es el arbitrador que fija el “precio en la compraventa (art. 1447 CC), y otro es el que determina la participación de cada socio en las pérdidas y ganancias de una sociedad (art. 1690 CC)<sup>33</sup>.

Estas figuras no son arbitrales porque, en estos mecanismos, el tercero interviene para “completar o integrar relaciones jurídicas” y no sustituye la vía judicial. Con posterioridad, la fase judicial puede abrirse y la función jurisdiccional se ejercerá con carácter plenario, se podrán examinar todas las cuestiones que aleguen las partes. Así, por ejemplo, si el tercero arbitrador fija un precio de compraventa, el vendedor se podría negar a entregar el bien porque considera que el precio fijado es nulo por desproporcionado, y este extremo podría ser objeto de debate en un posterior juicio civil.

El ejemplo del derecho privado sirve para acreditar que figuras como el Jurado de Expropiación Forzosa, o la Comisión arbitral que preveía el art. 146.2 LCAP 1995 en su

---

<sup>32</sup> Documentos consultados en Ana Maresca Lasa, «El arbitraje administrativo» (Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2005). Por razones desconocidas, este texto no llegó a formalizarse como anteproyecto de ley, a pesar de que, en contestación a la pregunta de un diputado de la oposición, el Ministro de Administraciones Públicas del momento declarara que esperaba que el Consejo de Ministros aprobara el proyecto de ley sobre arbitraje administrativo antes de que finalizara el período de sesiones en diciembre del año 2001, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2001, VII Legislatura, Núm. 101, 12 de septiembre de 2001, 4924.

<sup>33</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 159.

redacción original, tampoco son de carácter arbitral. En efecto, la “comisión de arbitraje” a la que se refería este último precepto<sup>34</sup> tampoco era un auténtico tribunal arbitral<sup>35</sup>, sino que se trataba de un órgano administrativo con una función equivalente a la de un Jurado de Expropiación Forzosa. Es decir: determinar un precio, sin resolver con efectos de cosa juzgada la controversia entre contratista y Administración.

Así, la función de estos órganos administrativos debe considerarse equivalente a la del tercero experto o “arbitrador”, puesto que no resuelven con carácter de fuerza juzgada una controversia susceptible de ser llevada ante un tribunal, sino que completan una relación jurídico-administrativa. En este caso, la concreción del precio no la lleva a cabo el órgano de contratación propiamente dicho, sino otro órgano de la misma Administración, impropriadamente calificado como arbitral. Igual sucede con el Jurado de Expropiación Forzosa, que determina el justiprecio en caso de que no se haya alcanzado un acuerdo entre Administración y expropiado.

A pesar de lo expuesto, es habitual encontrar en la doctrina sobre arbitraje administrativo consideraciones confusas respecto a la naturaleza de estos mecanismos. Así, Joaquim Ferret Jacas analiza, por un lado, la compatibilidad del arbitraje administrativo con el art. 106 CE, reconociendo de esta forma su carácter de equivalente jurisdiccional, pero por otro lado demuestra que está pensando en un mecanismo de tercero “arbitrador” y no en una instancia que sustituya la jurisdicción<sup>36</sup>. Este autor vincula la posibilidad de implantar el arbitraje al hecho de que alguna cantidad debe ser determinada, de modo que concibe el arbitraje como un arbitrador al estilo del que prevén los artículos del Código Civil citados antes.

---

<sup>34</sup> “2. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia, por plazo mínimo de tres días. Si éste no aceptase los precios fijados, deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. La composición de la comisión de arbitraje y el procedimiento sumario para establecer los precios se regularán reglamentariamente”.

<sup>35</sup> En este sentido, Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 108.

<sup>36</sup> “Sólo en los supuestos en que se da una situación de derecho subjetivo de un particular que no viene modulado por el interés público o los intereses generales será adecuado el arbitraje. Allí donde la Ley ha querido el acuerdo convencional; allí donde la Administración ya ha tomado su determinación y **hace falta cuantificarla o depurarla técnicamente**; allí donde de una actividad o inactividad material de la Administración nacen automáticamente unos derechos concretos para el particular. En estos casos se produce una relación entre Administración y administrado idéntica a la existente entre dos particulares” (la negrita es mía), Joaquim Ferret Jacas, «Límites del arbitraje administrativo», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 35 (1999): 17. En una línea parcialmente coincidente, concibiendo el arbitraje como un mecanismo de “tercero experto” o arbitrador, García Pérez afirma que en los casos donde sea habitual transaccionar o negociar para alcanzar “una solución que, siendo justa, beneficie a todas las partes implicadas (...) podría encomendarse a un tercero dirimir una controversia cuando no llegue a alcanzarse esa fórmula que agrade a todos y satisfaga, por supuesto, el interés general pero, además, el de los interesados”, García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 48.

En definitiva, en este trabajo se parte de la premisa que el arbitraje público es una modalidad de arbitraje auténtico, y que, en consecuencia, no constituye ninguna figura parecida o equivalente a la del tercero arbitrador que prevén ciertas normas de derecho civil. En un arbitraje público no se completa una relación jurídica incompleta, sino que se resuelve una controversia conforme a derecho y con efectos de cosa juzgada.

- c) Formas autocompositivas de resolución de conflictos en derecho administrativo (terminación convencional del procedimiento, mediación, transacción)

En muchas ocasiones se ha vinculado el arbitraje público con los métodos *ADR* de carácter autocompositivo, como la terminación convencional del procedimiento administrativo, la mediación y la transacción. Estas tres figuras comparten el rasgo de que son las propias partes implicadas las que intentan llegar o llegan a un acuerdo. En el caso de la mediación, con la intervención de un tercero imparcial, que trata de acercar posiciones pero no propone ni impone la solución de la controversia.

En cambio, el arbitraje se caracteriza precisamente por la facultad decisoria que se otorga al árbitro o tribunal arbitral. Es cierto que el arbitraje comparte con estas técnicas el hecho de que se sustituye a la jurisdicción en la resolución de un conflicto, pero más allá de este aspecto, sin duda relevante, el arbitraje presenta mayores similitudes con la jurisdicción, puesto que se trata básicamente de que un tercero se encargue de “decir el derecho” (de aquí, jurisdicción, del latín *iurisdictio*, “*dicción del derecho*”), es decir, resuelva las pretensiones de las partes conforme al derecho aplicable, con efectos vinculantes y bajo una total imparcialidad e independencia. De hecho, en su influente informe sobre medios *ADR* en derecho administrativo, el *Conseil d'État*<sup>37</sup>, caracterizó el arbitraje como una “jurisdicción convencional”, una “jurisdicción no estatal” que no contiene los elementos de autocomposición que configuran la mediación o la transacción.

A continuación, me referiré a las diferencias que presentan estas figuras autocompositivas respecto el arbitraje.

*i. Terminación convencional del procedimiento administrativo (art. 86 LPAC)*

Como hemos dicho, la terminación convencional del procedimiento administrativo (art. 86 LPAC) comparte con el arbitraje el hecho de que, en principio, evita un pronunciamiento judicial (a no ser que un tercero que no haya participado en el acuerdo y que esté legitimado procesalmente, lo impugne ante la jurisdicción administrativa). Más allá de este aspecto, todo son diferencias, dado que en el arbitraje no se negocia ni se fija conjuntamente el contenido de la decisión final, sino todo lo contrario. El tribunal arbitral se constituye como tercero

---

<sup>37</sup> *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Les études du Conseil d'État* (Paris: La Documentation française, 1993), 13.

imparcial que impone la solución a las partes, después de escuchar sus alegaciones y de presenciar la práctica de las pruebas pertinentes.

La figura prevista en el artículo 86 LPAC se enmarca, tal y como su propio nombre indica, en el ámbito del procedimiento administrativo y, por tanto, se sitúa en una fase anterior a la judicial. La terminación convencional del procedimiento comporta que la Administración renuncia a fijar unilateralmente el contenido del acto administrativo que pondría fin al procedimiento y determina el contenido del mismo con el acuerdo del interesado. De este modo, se separa del arbitraje, que se ubica en la fase judicial, a la que sustituye.

En efecto, para poder acudir al arbitraje debe existir un conflicto entre particular y Administración. Es decir, debe concurrir lo que la LJCA define como “actividad administrativa impugnada”. En cambio, la terminación convencional del procedimiento tiene que ver con el hecho de que la Administración renuncia a su poder jurídico unilateral e invita al interesado a tomar parte en el proceso de formulación del acto administrativo. La figura pretende evitar el proceso judicial, puesto que el principal recurrente potencial, que es el interesado, ha tomado parte en la decisión, y esto minimiza la probabilidad de que la cuestión acabe ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se podría decir que ambas figuras parten de un acuerdo bilateral entre interesado y Administración, puesto que el arbitraje exige que previamente se haya celebrado un convenio arbitral. Sin embargo, como expondré más adelante, creo que el arbitraje público debería configurarse de forma distinta al arbitraje clásico, en el sentido de que el consentimiento de la parte pública debe estar previsto en una norma general, y no debe depender de una decisión *ad hoc* de someterse a un arbitraje.

Por todas estas razones, arbitraje público y terminación convencional del procedimiento no pueden equipararse. El debate sobre la posibilidad de utilizar esta figura autocompositiva girará en torno a elementos distintos de los que aparecen en el debate de la admisibilidad del arbitraje público, que es una institución que sustituye a la jurisdicción.

## *ii. Mediación y transacción*

A diferencia de la terminación convencional, en la mediación y en la transacción nos hallamos ante un conflicto que aparece una vez la vía administrativa ya ha sido agotada. Existe una actuación administrativa que podría ser objeto de un recurso contencioso-administrativo y, sin embargo, el conflicto nacido de dicha actuación acaba siendo resuelto por las partes implicadas, sin la necesidad de que un tercero imponga una decisión con efectos vinculantes. La mediación, estrictamente, es el procedimiento por el que se puede llegar a una transacción, dado que dos partes pueden celebrar un pacto transaccional sin la ayuda de un mediador.

Estas instituciones presentan, ciertamente, importantes retos dogmáticos para el derecho administrativo, y a ellas podría dedicarse toda una investigación, pero las cuestiones de debate que suscitan no son las mismas que las que puede plantear el arbitraje. A diferencia de este mecanismo, en el que las partes no intervienen en el contenido de la solución del conflicto,

sino en la forma, en las técnicas autocompositivas se negocia sobre el fondo del conflicto, se hacen concesiones recíprocas a fin de evitar el conflicto en sede judicial, entrando a determinar el contenido de la solución. Además, no se ejerce ningún control externo sobre el fondo del conflicto, como ocurre en el arbitraje, con la excepción de la supervisión del órgano judicial que homologa la transacción, que tiene un carácter poco intervencionista.

Con la mediación y la transacción, la finalización del conflicto se alcanza mediante la acción autocompositiva de las partes, de modo que las sospechas o reparos hacia la figura se basarán, seguramente, en el riesgo de que, a través de ella, se llegue a dispensas contrarias al principio de igualdad y justicia, y a favoritismos injustificados. En la transacción, las garantías para evitar estos riesgos se establecen en un control judicial de homologación.

En cambio, en el arbitraje estos riesgos no existen, puesto que precisamente se trata de obtener una decisión basada en derecho, y no en concesiones de las partes. En efecto, el arbitraje se nos presenta como algo totalmente distinto, por cuanto se basa en la intervención de un tercero imparcial que adopta una decisión comparable a la de una sentencia judicial. El único acuerdo bilateral que puede llegar a existir es el que permite acudir al arbitraje. Esto, en el caso de que se opte por un modelo de arbitraje como el que se prevé en el artículo 9.1. de la Ley de Arbitraje de 2003, que solo contempla la posibilidad de que el acuerdo arbitral adopte “la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente”.

Sin embargo, tal y como se explicará con detalle más adelante, existen otras opciones como la que prevén los tratados internacionales de protección de inversiones extranjeras. En estos tratados es habitual incluir una cláusula arbitral genérica que permite que el inversor que demanda a un Estado bajo el paraguas de esta cláusula pueda escoger la vía arbitral, sin que el Estado pueda oponerse a ello (es la denominada *standing offer*). Se trata, en suma, de prever el consentimiento de la parte pública de la controversia en una disposición de carácter general, lo que evita que deba adoptarse una decisión de someterse a arbitraje para cada caso concreto. De este modo, se evita cualquier riesgo de discriminación entre supuestos, como sí puede ocurrir en la transacción. En cualquier caso, si se optara por el modelo que exige un acto de sumisión *ad hoc*, como prevé la LArb 2003, ciertamente concurrirá un acuerdo bilateral respecto a la forma de resolver el conflicto, pero no sobre el contenido de la decisión final, que será obra única y exclusiva del tribunal arbitral.

Por estas razones, esta tesis se centra en el arbitraje público y no pretende cubrir la mediación y la transacción en el sector público, como se ha hecho en muchas otras obras. Sin embargo, en algunos momentos tendré que retomar la figura de la transacción, dado que tanto la legislación, como la doctrina y la jurisprudencia han equiparado ambas figuras —en mi opinión, desacertadamente— cuando se trata de establecer trámites procedimentales o delimitar su ámbito de acción.

#### d) La denominada actividad arbitral de la Administración

La actividad arbitral que desarrolla la Administración en sectores concretos como el derecho de consumo<sup>38</sup> o en los mercados regulados y supervisados por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia<sup>39</sup> no constituye un supuesto de arbitraje público. En este tipo de procedimientos de resolución de conflictos no es la Administración o una de sus entidades instrumentales la que se somete a arbitraje, sino que ambas partes son particulares que se someten voluntariamente a un arbitraje institucional presidido por la Administración.

En otras palabras, en estos supuestos la Administración participa en el arbitraje en calidad de árbitro, de tercero imparcial. De este modo, las cuestiones de índole constitucional que pueda plantear este tipo de arbitraje serán en gran parte coincidentes con las que pueda suscitar el arbitraje privado ordinario. En cambio, el arbitraje público que aquí estudio implica otros retos, puesto que se trata de que un tribunal arbitral resuelva un litigio en el que, al menos una de las partes, es una entidad del sector público.

#### e) Arbitraje entre entidades del sector público

Algunos conflictos en los que todas las partes son entidades del sector público presentan rasgos que no concurren en conflictos en los que hay una parte privada. Estoy pensando, entre otros, en los conflictos competenciales entre Administraciones o entre Administración matriz y entidad instrumental.

No obstante, algunos de ellos sí son asimilables a los conflictos entre una Administración y un particular, como el que puede plantearse entre un Ayuntamiento que ha recibido una subvención de la Administración General del Estado para financiar una obra pública determinada y posteriormente esta dicta una resolución que ordena el reintegro. En este supuesto, la posición jurídica del Ayuntamiento es asimilable a la de un particular que recibe una subvención. En su recurso, la corporación municipal alegará que los fondos sí se han destinado al fin subvencionado, etc, igual que lo haría un particular.

Pues bien, en el primer tipo de casos, la legislación prevé mecanismos específicos para la resolución de controversias que no tienen parangón en los conflictos entre un particular y una entidad pública. Algunos de ellos reciben la calificación de “arbitrales”, pero, por su

---

<sup>38</sup> Las líneas maestras del Sistema Arbitral de Consumo se trazan en los artículos 57 y 58 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU).

<sup>39</sup> Entre las funciones que prevé la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para este organismo, el artículo 5.b) prevé la siguiente:

“b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos”

especial configuración, es cuestionable que se puedan equiparar al arbitraje entre particulares o entre particulares y entidades públicas.

El primer ejemplo que cabe mencionar es el de la Comisión Arbitral que prevé el artículo 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Este precepto estatutario prevé que “[l]os conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las Instituciones de la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus Territorios Históricos se someterán a la decisión de una comisión arbitral, formada por un número igual de representantes designados libremente por el Gobierno Vasco y por la Diputación Foral del Territorio interesado, y presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, conforme al procedimiento que una Ley del Parlamento Vasco determine”.

La Ley 13/1994, de 30 de junio, por la que se regula la Comisión Arbitral, desarrolla esta previsión estatutaria y regula con detalle el funcionamiento de este órgano de naturaleza tan singular, cuya finalidad es resolver conflictos y cuestiones de competencia entre la Administración autonómica vasca y la de sus territorios forales. Esta institución no constituye una modalidad ordinaria de arbitraje, dado el específico marco normativo en el que se encuadra y por la peculiaridad de sus funciones y de su composición (Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y representantes del gobierno vasco y de las Diputaciones Forales).

Sin embargo, el apartado primero de la disposición adicional de la Ley citada resulta de especial interés para el objeto de esta tesis. Establece que “los tribunales del orden contencioso-administrativo no admitirán a trámite, conforme a lo establecido en la ley reguladora de su jurisdicción, las pretensiones que se suscitaren por las Diputaciones Forales o por el Gobierno Vasco cuyo objeto consista en una reivindicación competencial entre dichas instituciones”.

A pesar de que se trate de una institución singular, cuya calificación como arbitral es dudosa, la interpretación que se haya dado al precepto citado puede resultar relevante para determinar si las reservas jurisdiccionales que supuestamente establecen los artículos 117.3 y 106.1 CE tienen un alcance absoluto o relativo. Si bien algunas voces como la de Huergo Lora han mostrado dudas sobre la constitucionalidad del precepto citado<sup>40</sup>, parece que se ha impuesto la tesis de Edorta Cobrerros Mendazona<sup>41</sup> al respecto, favorable a su constitucionalidad. Santiago Muñoz-Machado elogia esta última tesis e implícitamente la asume, destacando que los asuntos de los que conoce la Comisión Arbitral son conflictos entre instituciones, no

---

<sup>40</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 211.

<sup>41</sup> Edorta Cobrerros Mendazona, «La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión Arbitral del País Vasco», *Revista de Administración Pública*, n.º 167 (2005): 47-96.

entre personas públicas y particulares<sup>42</sup>. Por lo demás, debe señalarse que no ha habido ningún pronunciamiento de fondo del Tribunal Constitucional en relación con la disposición adicional primera de la citada ley vasca puesto que las cuestiones de constitucionalidad que se plantearon en 2004 sobre esta cuestión quedaron sin objeto, al haberse formulado el desistimiento de los recursos contencioso-administrativos en cuyo marco se plantearon sendas cuestiones<sup>43</sup>. A pesar del interés que podría haber tenido una sentencia del TC sobre el fondo, debe tenerse en cuenta, siguiendo la línea de Muñoz Machado, que el tipo de asuntos que se dirimen ante esta comisión son asimilables a los conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas, más que a los conflictos entre entidades del sector público que puedan tener un parecido con un conflicto entre un particular y una entidad pública. Por otra parte, la composición de este órgano dificulta su caracterización como una institución estrictamente arbitral, puesto que una parte de sus miembros provienen de las propias partes implicadas.

El segundo supuesto que quiero mencionar es el del denominado “arbitraje institucional” que una ley de 2011 prevé para cierto tipo de controversias entre la Administración General del Estado y sus propios organismos públicos o empresas y fundaciones públicas. El mecanismo está regulado en la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Según se explica en la exposición de motivos de la propia ley, este mecanismo busca superar “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”. De acuerdo con este texto, el mecanismo “arbitral” permitirá superar la restricción del artículo 20.c) LJCA, que no permite que los organismos autónomos puedan recurrir contra actos de la Administración matriz.

Esta es una diferencia sustancial respecto al procedimiento ante la Comisión Arbitral vasca, que resuelve conflictos competenciales entre diferentes Administraciones, que sí podrían ser objeto de un proceso contencioso-administrativo. Lo más parecido a las controversias a las que hace referencia la disposición adicional de la Ley 11/2011 son los “conflictos de atribuciones” que pueden surgir entre órganos de un mismo Ministerio, que son resueltos por el Ministro competente (disposición adicional undécima de la LPAC 2015)<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Santiago Muñoz Machado, «Crítica de la exclusión de las normas fiscales de los Territorios Históricos vascos del control jurisdiccional contencioso-administrativo», en *El blindaje de las normas forales fiscales*, ed. Juan Manuel Criado Gámez y María Esther Martínez Aguirre (Madrid: Iustel, 2011), 35-38.

<sup>43</sup> Autos del Tribunal Constitucional núm. 18/2008, de 12 de febrero y núm. 21/2008, de 14 de febrero.

<sup>44</sup> Blanca Lozano Cutanda, «El nuevo “arbitraje” entre la Administración y sus entes instrumentales», *Análisis - Gómez Acebo & Pombo*, s. f., 2.

En todo caso, el hecho de que los conflictos que resuelve este “arbitraje institucional” no puedan ser objeto de un proceso judicial indica que no se está ante un auténtico arbitraje.

## II. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

En este capítulo me propongo “deconstruir” el derecho aplicable al sector público en su conjunto y averiguar qué es lo que distingue los conflictos jurídicos que surgen entre entidades públicas y personas o entidades privadas y los que surgen solo entre particulares, a efectos de determinar si esta diferencia o diferencias impiden la utilización del arbitraje en el sector público.

Tradicionalmente, la distinción entre conflictos “puramente privados”, entre particulares, y conflictos que implican a una entidad pública, se ha basado en la milenaria *summa divisio* entre derecho público y privado. La cita tradicional para fundamentar esta distinción se halla en un texto de Ulpiano contenido en el Digesto de Justiniano (1, 1, 1, 2)<sup>45</sup>. Este fragmento del siglo III d.C. ha sido interpretado en el sentido de que el derecho público se preocuparía del bien común (originalmente, “la cosa romana”) y el derecho privado del interés privado (originalmente, la “utilidad de cada individuo”)<sup>46</sup>.

Esta diferenciación histórica sigue siendo un tema recurrente en la doctrina jurídica, que se ha planteado diversas cuestiones en relación con ella: ¿Realmente existe, esta división? ¿Cuál es su utilidad? Si existe, ¿es nítida o predominantemente borrosa? El debate, que en sí mismo ya podría ser objeto de una tesis entera, nos interesa aquí a efectos de determinar si tiene alguna relevancia para el arbitraje público. Así pues, en este capítulo no pretendo resolver con carácter definitivo una discusión que parece condenada a estar permanentemente abierta, sino que trato de poner de relieve determinados aspectos de la misma que son claves para el análisis del arbitraje público.

De hecho, una de las razones por las que prefiero la expresión de “arbitraje del sector público” o “arbitraje público” en vez de la habitual, “arbitraje administrativo” es porque las dos primeras expresiones, que utilizo como sinónimos, se adaptan mejor a la realidad actual del sector público, en la que las tradicionales y rígidas distinciones entre derecho público y privado se han difuminado notablemente

---

<sup>45</sup> “Dos son las posiciones de este estudio, el público y el privado. Derecho público es el que mira al estado de la cosa romana (*rei Romanae*); privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública y otras privadamente. El derecho público consiste en las cosas sagradas, en los sacerdocios, en las magistraturas. El derecho privado es tripartito, pues ha sido recogido de preceptos naturales, de gentes y civiles”, traducción del latín, con comentarios, en Alejandro Guzmán Brito, «El Derecho público y el Derecho privado», *Persona y Derecho*, n.º 72 (2015): 12-14.

<sup>46</sup> Entre otras exposiciones que sitúan este texto como central para explicar el origen de la distinción, John S Bell, «Comparative Administrative Law», en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (Oxford: Oxford University Press, 2007), 1262, Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, *Derecho civil: introducción, fuentes, derecho de la persona, derecho subjetivo, derecho de propiedad*, 4.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2012), 21. Para ver una traducción y comentario del texto original de Ulpiano, ver Guzmán Brito, «El Derecho público y el Derecho privado», 12-14.

El contenido de este capítulo es el siguiente: en primer lugar, me refiero a la idea de la unidad del ordenamiento jurídico, en contraste con las divisiones habitualmente empleadas con finalidades académicas o institucionales. En segundo lugar, abordo el tema central de este capítulo: las diferencias que tradicionalmente se han identificado o establecido entre derecho público y privado.

## **1. La unidad del ordenamiento jurídico y la relatividad de la frontera entre derecho público y derecho privado**

### a) La unidad del ordenamiento

La interpretación tradicional de la *summa divisio* entre derecho público y privado tiene en la idea de la unidad del ordenamiento jurídico su primera gran objeción. El derecho es un sistema único, en el que no hay diferencias absolutas entre áreas o sectores, de modo que la división en compartimentos es de carácter convencional y relativo. Estas distinciones pueden ser ciertamente útiles para diversas finalidades, como la académica, la organizativa del sistema judicial o la especialización de los profesionales jurídicos, pero siempre deben ser entendidas a partir de la idea de la unidad del ordenamiento.

En este sentido, Federico de Castro y Bravo advierte que “no existen dos sistemas de Derecho (...) El Derecho es uno” y “la diversificación se produce porque el Derecho se realiza respecto a distintas realidades, que requieren normas adecuadas, presididas por principios que formulen esta especificidad<sup>47</sup>”. Así pues, este autor parte de la base de la unidad esencial del ordenamiento, frente a la que cabe admitir una especialización por la adaptación a diversas realidades. En una línea similar, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, critican los planteamientos “inocentes” que dan por hecho “que los sectores ordinamentales y aun las disciplinas científicas corresponden exactamente a principios formales abstractos y absolutos, lo cual ni tiene por qué ser así, ni lo es, en efecto”.

Estos autores abordan la cuestión de los contratos administrativos preguntándose por las modulaciones que sufre el contrato civil común cuando este “entra” en el mundo administrativo: “El problema no ha de plantearse en términos de singularidad sustantiva o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquirendo cuáles son esas modulaciones o variantes<sup>48</sup>”. Creo que esta consideración sobre la materia de contratos es aplicable a la cuestión de si existen distinciones ontológicas dentro del ordenamiento a partir de la contraposición entre público y privado: para examinarla adecuadamente, habrá que dejar de lado los “dramatismos” a los que aluden estos autores y descartar toda perspectiva que peque de “inocente”.

---

<sup>47</sup> Federico de Castro y Bravo, *Derecho civil de España* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949; reimpresión, Madrid: Civitas, 1984), 91.

<sup>48</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:737.

En el fondo, el único punto de partida válido hoy en día es la Constitución. A diferencia de tiempos pasados, actualmente la norma fundamental “enmarca o preside” la tradicional *summa divisio* entre Derecho público y privado<sup>49</sup>. En efecto, ahora no nos hallamos en un contexto en el que existan dos fuentes diferentes de legitimidad: una para el Derecho privado, de origen romano, que se pretendía equiparar a una racionalidad objetiva y otra para el Derecho público, contingente, que depende del territorio y la soberanía. Durante siglos, este fue el escenario en los territorios que actualmente conforman Alemania<sup>50</sup> y también en otros estados centroeuropeos. En el siglo XVI, en estos territorios se pretendía negar “la autoridad del emperador (conforme al Derecho del Sacro Imperio Romano-Germánico)” a partir de la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum*<sup>51</sup>. Pero el escenario hoy, tanto en Alemania como en España, ha cambiado.

Como ha señalado Francisco Velasco Caballero, “ni el Derecho público ni el Derecho privado persiguen valores o fines propios, sino aquellos contenidos en la Constitución<sup>52</sup>”. De esta premisa, el autor extrae la siguiente conclusión: “por tanto, hay una tendencia hacia la unidad axiológica del Derecho público y del Derecho privado, que comparten los mismos valores<sup>53</sup>”. “Dado que tanto el Derecho público como el Derecho privado son opciones o estrategias alternativas de regulación (en el marco de los fines, principios y valores de la Constitución), la simple elección de una estrategia regulativa no puede determinar resultados contrarios a la propia Constitución<sup>54</sup>”.

Además, el mismo autor advierte que la *summa divisio* es dependiente de los concretos contextos políticos<sup>55</sup>. Recoge el ejemplo de Savigny, que concebía el Derecho privado como el Derecho emanado del pueblo y único para toda la nación alemana, y lo utilizaba como arma contra la modernización de corte liberal que veía en el movimiento de la codificación.

---

<sup>49</sup> Francisco Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 71. Velasco recoge esta afirmación sobre la base de la cita de Eberhard Schmidt-Aßmann, «Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze», en *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, ed. Wolfgang Hoffmann-Riem y Eberhard Schmidt-Aßmann (Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1996), 14. En relación con la expresión recogida en esta obra, se ha afirmado: „in German legal language the term „wechselseitige Auffangordnungen“ is used to describe this idea of combining branches of law to reach an overarching aim as the prevention of illegally gained profits“ Ewoud Hondius y André Janssen, «Original Questionnaire: Disgorgement of Profits», en *Disgorgement of Profits: Gain-based Remedies throughout the World*, ed. Ewoud Hondius y André Janssen (Cham: Springer, 2015), 5.

<sup>50</sup> Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado*, 69.

<sup>51</sup> Ibid., 72.

<sup>52</sup> Ibid., 71.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ibid. El autor añade, como ejemplo de este razonamiento, lo siguiente: “De esta manera, la aplicación del Derecho privado a la Administración, posibilidad regulativa no cuestionable, en ningún caso puede liberar a la Administración (actuando en forma jurídico-privada) del sometimiento a los derechos fundamentales”.

<sup>55</sup> Ibid., 72.

También alude al contraste entre las intenciones de los regímenes fascistas y socialistas de absorber prácticamente el Derecho privado en el público y la creencia de los juristas de posguerra liberales o, en todo caso, antisocialistas, de que el Derecho privado ostentaba un carácter natural, anterior al Derecho público<sup>56</sup>.

Estas consideraciones sirven para confirmar que la *summa divisio* no ha sido interpretada de modo uniforme a lo largo de la historia y que ha sido utilizada con finalidades de muy distinta naturaleza. Actualmente, el punto de partida debe ser la Constitución, que rige, como norma supraordenada a todas las demás, sobre cualquier distinción que pueda trazarse entre distintas áreas del ordenamiento, que se nos presenta como un todo.

#### b) Finalidades de la división del ordenamiento en sectores

Tomando la idea de la unidad del ordenamiento jurídico como punto de partida, su división en distintos sectores o áreas puede explicarse a partir de las diversas finalidades que puede perseguir:

En primer lugar, la distinción entre áreas del derecho puede obedecer a una finalidad académica. Se trata de dividir el objeto de estudio igual que en cualquier otra disciplina. En este sentido, Martin Bullinger insiste en la idea de que la división fundamental entre Derecho público y privado puede seguir siendo útil a efectos de delimitar ámbitos “pedagógicos y doctrinales” pero recuerda que, “diferentes en su punto de partida, coinciden ambas disciplinas tan pronto como se trata de describir la auténtica posición jurídica del ciudadano del Estado o los ordenamientos especiales de la existencia económica y social<sup>57</sup>”.

En segundo lugar, la división del ordenamiento en distintos sectores también puede servir para organizar el sistema de justicia sobre la base de criterios de especialización y eficacia. El cuarto capítulo de esta tesis se dedica precisamente a analizar la existencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo desde este punto de vista. Como veremos más adelante, si las divisiones que se establecen entre las distintas áreas del ordenamiento jurídico responden a finalidades como la de organizar el sistema judicial, entonces la existencia de

---

<sup>56</sup> Ibid., 73.

<sup>57</sup> Martin Bullinger, *Derecho público y derecho privado*, trad. Antonio Esteban Drake (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976), 170-71. Desde la perspectiva de los planes de estudios universitarios de Derecho, se pueden observar prácticas totalmente convencionales, como las de desgajar de la asignatura de Derecho administrativo el Derecho tributario, o que el Derecho de la propiedad industrial solo sea tratado por los mercantilistas. Por otro lado, desde el punto de vista del derecho positivo, hay que constatar que, a excepción de algunas leyes como el Código civil o penal, las normas jurídicas “mezclan en su texto, sin identificación alguna, disposiciones que teóricamente pertenecen a diversas ramas del Derecho (p.ej., la Ley del Mercado de Valores)”, Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, 4.ª ed., vol. I (Madrid: Iustel, 2016), 37.

A este ejemplo se podrían añadir el de otras leyes como la de Defensa de la Competencia. Así pues, las divisiones habituales en el ámbito académico no siempre coinciden con las que puedan establecerse en atención a otros objetivos.

una jurisdicción u orden jurisdiccional especializado en materias administrativas ya no se justifica por el especial estatus de la Administración ante el derecho, como sucedió en épocas anteriores, o por una “singularidad sustantiva” de este tipo de litigios, sino por razones de carácter mucho más pragmático, igual que ocurre con los tribunales especializados en derecho laboral, mercantil o de familia. En este sentido, explicaré que el mero hecho de que exista una jurisdicción u orden especializado en cuestiones administrativas no justifica en sí mismo el rechazo al arbitraje. ¿Podría alguien sostener que no puede haber arbitraje en materia mercantil porque ya existe un “suborden jurisdiccional” que se ocupa de este tipo de conflictos? Es evidente que no.

Además, debe tenerse en cuenta que la existencia de un “sector” del ordenamiento jurídico no depende de la existencia de una jurisdicción especializada. En los Estados Unidos, han sido los tribunales de justicia “ordinarios”<sup>58</sup> quienes han desarrollado doctrinas propias de derecho administrativo (derecho de audiencia, requisitos para mostrar deferencia hacia el ejercicio de discrecionalidad administrativa o hacia la interpretación adoptada por la Administración –las “*administrative agencies*”- de conceptos jurídicos indeterminados, acción popular en materia administrativa, etc.<sup>59</sup>...). En el Reino Unido, a pesar de que existen algunos tribunales de justicia especializados en derecho público, siguen existiendo órganos judiciales que resuelven tanto conflictos entre particulares como conflictos entre particulares y la Administración<sup>60</sup>.

En tercer lugar, la división del ordenamiento en sectores también es fruto de la necesaria especialización de los abogados, y en general de todos los operadores jurídicos<sup>61</sup>. En el fondo, los juristas se especializan en un ámbito igual que lo hacen los ingenieros, los médicos o los miembros de cualquier otra profesión. Interesa destacar, además, que, en contraste con la especialización de la judicatura, en la abogacía existen divisiones menos rígidas<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> En el sistema de justicia federal solo se distingue entre “*civil*” y “*criminal courts*”. Esta consideración general se ve matizada, sin embargo, por la existencia de ciertos tribunales singulares y especializados, como la *United States Court of Federal Claims*, un tribunal especializado en reclamaciones económicas contra la Federación. Peter L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 3.<sup>a</sup> ed. (Durham, NC: Carolina Academic Press, 2016), 170.

<sup>59</sup> Por todos, ver Strauss, *Administrative Justice in the United States*.

<sup>60</sup> Peter Cane, *Administrative Law*, 5.<sup>a</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2011), 4.

<sup>61</sup> Fabio Pascua Mateo, *El rapto del derecho privado: las relaciones entre el derecho público y el derecho privado en el Estado regulador* (Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2015), 121.

<sup>62</sup> En efecto, Muchos despachos de abogados utilizan dos formas de referirse a sus ámbitos de especialización. Por un lado, los sectores y subsectores tradicionales: administrativo, fiscal, penal, laboral, civil, mercantil... Y dentro de cada uno de los grandes sectores, a menudo se identifican subsectores, como sucede dentro del Derecho administrativo con el urbanismo, el medio ambiente o el derecho de aguas. Pero, por otro lado, a veces se utiliza también un parámetro más pragmático o económico y se divide la práctica en sectores de actividad. Por ejemplo, puede ocurrir que un abogado, más que asesorar en un sector tradicional, como el derecho administrativo, se haya especializado en un sector económico como puede ser el de la producción, distribución y comercialización de energía. Así, al asesorar a clientes de esta área, este profesional puede intervenir tanto en asuntos de carácter “civil” (como reclamaciones de impagos a usuarios) como de carácter “administrativo”, como puede ser la defensa letrada en un litigio contencioso-administrativo frente a la

Oriol Mir Puigpelat alude a una cuarta finalidad de la división del ordenamiento, que considera impropia. Se trata de la utilización de las clasificaciones del ordenamiento –él se refiere a la del derecho administrativo–, como “atajo jurídico” para el legislador. Este autor opina que, dada la complejidad y dificultad de encontrar un criterio clasificatorio más racional que el tradicional, es preferible mantener la concepción dominante de Derecho administrativo, que admite que es excesivamente vaga. Sin embargo, señala que este esquema solo puede utilizarse para las finalidades que esté en condiciones de cumplir. En este sentido, rechaza la utilización de la expresión para finalidades impropias, como la de “*atajo jurídico* al legislador”. Es decir, desaconseja que el legislador utilice la expresión “Derecho administrativo” “para remitirse en bloque a un determinado conjunto normativo y evitarse así tener que enumerar una a una las normas que serán de aplicación”, atribuyendo a esta remisión consecuencias jurídicas como, por ejemplo, el delimitar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>63</sup>. En mi opinión, considerar que el arbitraje tiene vetado el acceso al derecho administrativo es un ejemplo más de un uso impropio de este “atajo jurídico”.

## 2. Distinciones tradicionales entre conflictos de derecho público y de derecho privado

Antes de pasar a analizar los principales criterios que se han propuesto para distinguir el derecho público y derecho privado, debo hacer algunas consideraciones generales. Como veremos, la diferenciación entre estos dos ámbitos normalmente a menudo se entiende equivalente a la distinción entre derecho administrativo y derecho privado. De este modo, la *summa divisio* tiene mucho que ver con la cuestión relativa al “concepto de derecho administrativo”, una cuestión que dista de estar clara. Santamaría Pastor señala que, históricamente, se ha tratado de “fijar los límites materiales del Derecho Administrativo; esto es, las materias que serían “propias” del mismo<sup>64</sup>”. Para este autor, esta es una de las búsquedas de un concepto único de derecho administrativo que han fracasado, cuyos “resultados han sido tan desalentadores como los que cosecharon los alquimistas en su búsqueda de la piedra filosofal<sup>65</sup>”. En efecto, no se han podido fijar estos límites materiales de este campo porque estos son “absolutamente variables y convencionales<sup>66</sup>”, tanto desde el punto de vista académico como legislativo.

---

Administración, que ha revocado una concesión de aprovechamiento de aguas para la producción de energía hidroeléctrica.

<sup>63</sup> Oriol Mir Puigpelat, «El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional», *Revista de Administración Pública*, n.º 162 (2003): 86.

<sup>64</sup> Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, I:35.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*, I:37.

Como mínimo, parece que existe consenso respecto a que la distinción entre el derecho público y el derecho privado es como mínimo discutible o “discutida”<sup>67</sup>. Hans Kelsen ya afirmó en su *Teoría general del Estado* que “es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el Derecho público y el Derecho privado” y que, “si se pregunta por el fundamento de esta división, se entra de lleno en un caos de opiniones contradictorias”<sup>68</sup>. Díez Picazo y Gullón reconocen que “la distinción entre derecho privado y derecho público -que es para los estudiosos del Derecho la distinción por antonomasia- es quizá una de las cuestiones más oscuras, complejas y difíciles de la teoría general del Derecho”<sup>69</sup>, y añaden que “una parte de la doctrina ha renunciado” a establecer esta distinción, “bien negándola de un modo categórico o bien admitiendo, en lugar de la clásica bipartición, cualquier criterio de división entre las normas del Derecho objetivo”. Según estos autores, la idea fundamental es que hay que “partir de la radical unidad del ordenamiento jurídico, que no queda nunca fragmentado o dividido”. Citando a Ulpiano, señalan que “la distinción no es una escisión”, sino que “da lugar a posiciones o puntos de vista para su estudio”. Se trata, en definitiva, de “directrices metodológicas de adscripción”<sup>70</sup>.

Por su parte, Peter Cane, al mismo tiempo que identifica diversos criterios para trazar la frontera entre lo público y lo privado a efectos de aplicar el régimen de derecho público o de derecho privado, pone énfasis en el carácter convencional y relativo de la distinción. En este sentido, recuerda que la cualidad de público o privado no es equiparable al color, no es un rasgo que pueda ser observado por los sentidos. En palabras suyas, la clasificación de funciones y actividades como públicas o privadas es, en última instancia, una cuestión que depende de un juicio de valor<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Así lo reconoce López Martínez-Muñiz, un férreo defensor de la summa divisio, al describirla como “tradicional, pero discutida”, «El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos», *Revista General de Derecho Administrativo* 27 (2011): 16.

<sup>68</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra (Granada: Comares, 2002), 134.

<sup>69</sup> Luis Díez Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, 13.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2016), 38.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 41. Resulta interesante también la explicación que estos autores ofrecen del concepto de Derecho civil cuando recuerda como durante la época romana *Ius Civile* no se identificaba con Derecho privado. Según Díez Picazo y Gullón Ballesteros, “el genio de la jurisprudencia romana construyó con preferencia instituciones privadas (personas, familia, propiedad, contratos, herencias)”, pero señala que este *Ius Civile* también contenía normas que ahora se calificarían como derecho penal o administrativo: “Aunque la *Compilación Justiniana* contenía textos en los que se trataban cuestiones públicas (magistraturas, crímenes, jurisdicción y administración, etc.), tales cuestiones habían perdido actualidad e interés y no eran ya aplicables a la sociedad del tiempo de la recepción. De ahí que los glosadores y comentaristas mostrasen mayor dedicación hacia las normas e instituciones privadas (circulación de los bienes, derecho sobre ellos, situación de las personas, etc.). De este modo empieza a abrirse camino la idea de que Derecho civil coincide sustancialmente con Derecho privado”, *Ibid.*, 29.

<sup>71</sup> Cane, *Administrative Law*, 8-9.

Pues bien, a pesar de que la permeabilidad y relatividad de esta frontera ha sido reconocida generalmente, parece que, cuando se trata del arbitraje, sobre ella se erige un muro impenetrable. En vista de esta situación, adoptemos por ahora el papel de ingenieros de artillería, para dilucidar si esta muralla, en la que se han abierto tantas brechas, representa realmente un obstáculo insalvable para el arbitraje. Es decir, un impedimento que, de entrada, haga innecesario plantearse si el arbitraje puede utilizarse en el sector público.

Como primer paso, hay que conocer los materiales de que está hecha la muralla, cómo se establecieron sus fundamentos y las razones que explican su sinuoso trazado. Por ello, a continuación recojo los principales criterios que se han utilizado para mantener la distinción entre Derecho público y privado, sin perder nunca de vista nuestro objetivo: analizar la posibilidad de utilizar el arbitraje en el sector público.

#### a) Interés público o general/interés privado o particular

A menudo se ha defendido que el arbitraje administrativo no es posible porque en los conflictos que tienen lugar en este sector del ordenamiento está en juego el interés público<sup>72</sup>. De acuerdo con esta tesis, la presencia del interés general impide que el conflicto pueda ser resuelto por árbitros, en sustitución de órganos judiciales o, según algunas versiones del argumento, concretamente órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, creo que este razonamiento es inadecuado por varias razones. En primer término, distinguir entre derecho público y privado a partir de la diferencia entre actividades que buscan el bien común y las que se realizan por un interés privado<sup>73</sup> es, en palabras de John Bell, “fácil de decir pero difícil de aplicar<sup>74</sup>”.

En segundo término, el derecho administrativo no es el único que se ocupa del interés público<sup>75</sup>. La totalidad del ordenamiento jurídico busca la satisfacción del interés público en sentido amplio, no solo el derecho administrativo, y ello no ha impedido que el arbitraje se

---

<sup>72</sup> Aquí hablo de arbitraje administrativo porque en general, cuando se ha negado la posibilidad de utilizar el arbitraje en el ámbito del derecho administrativo, porque en él está en juego el interés público, no se ha llegado a la misma conclusión cuando el conflicto se enmarca en el sector público pero debe ser resuelto conforme al derecho privado.

<sup>73</sup> Según García de Enterría y Fernández, “la mayor parte de la legalidad administrativa (...) está configurada desde una perspectiva general, en atención a fines colectivos, más que en consideración de intereses privados (...). Normalmente el Derecho administrativo alimenta sus normas de una valoración de intereses colectivos, sin tender de una manera expresa a la articulación de los mismos con los intereses privados”, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:60.

<sup>74</sup> John Bell, «Administrative Law in a Comparative Perspective», en *Comparative Law: a Handbook* (Oxford: Hart, 2007), 290.

<sup>75</sup> Incluso yendo más allá, Santamaría Pastor señala que no es procedente describir la función administrativa típica como “da tendente a la consecución de los intereses públicos o colectivos»; como si la actuación de los demás poderes del Estado, por no hablar de las fundaciones y otras entidades privadas sin fin de lucro, no persiguiesen objetivos similares” Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, I:36.

utilice en campos diversos como el derecho societario, el derecho de consumo o el derecho laboral<sup>76</sup>.

En mi opinión, la clave estriba en entender que el derecho privado también se ha erigido sobre la base del interés general<sup>77</sup>. En efecto, las normas incluidas en este sector también son fruto de una decisión colectiva basada en la interpretación del interés público. Por ejemplo, el hecho de que en nuestro sistema exista el principio de autonomía de la voluntad, de libertad contractual, es producto de una decisión colectiva a través de la ley. En este sentido, Hans Kelsen recuerda en su *Teoría General del Estado* que, “desde el momento que una norma de Derecho protege un interés individual, esa protección constituye un interés colectivo<sup>78</sup>”. Una idea también retomada, entre otros, por Díez Picazo y Gullón Ballesteros, que señalan que, “aun cuando la norma postule o prefiera un interés particular con respecto a otro, lo hará siempre por estimar que ello es lo más conveniente para el interés general<sup>79</sup>”.

En la misma línea, estos autores rechazan que la *summa divisio* pueda basarse en el “origen o forma de producción de las normas<sup>80</sup>”, contraponiendo, por ejemplo, las leyes con los contratos, porque, al fin y al cabo, todas las normas, también las clasificadas como de derecho privado, como el Código Civil, tienen su origen en el poder legislativo y, según se considere, el judicial. El derecho de contratos pondrá el acento en la autonomía de voluntad y en el principio general de disponibilidad de las normas de obligaciones, que solo surten efecto en defecto de pacto válido de las partes. Sin embargo, si los particulares pueden establecer estas

---

<sup>76</sup> Sin embargo, debe advertirse que el arbitraje laboral está excluido del ámbito de aplicación de la LArb 2003 (artículo 1.4) y que la legislación laboral, cuando se refiere al arbitraje, parece que parte de un concepto distinto de este medio de resolución de conflictos, sobre todo en relación con los conflictos laborales colectivos (ver, por ejemplo, artículos 82.3 y 86.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre). El Tribunal Constitucional ha considerado que este tipo de arbitraje obligatorio respeta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque el laudo puede ser objeto de un control judicial plenario (STC 119/2014, fundamento jurídico 5.B). Para una reseña de la bibliografía sobre la naturaleza del arbitraje laboral, ver Naiara Rodríguez Elorrieta, *La mediación y el arbitraje laboral: una perspectiva desde la mediación, civil y mercantil, y el arbitraje común* (Barcelona: Atelier, 2017), 251-61.

<sup>77</sup> En el mismo sentido, con cita de abundante doctrina española y alemana, Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado*, 31-32.

<sup>78</sup> Kelsen, *Teoría general del Estado*, 135.

<sup>79</sup> “[S]i el interés o la utilidad se predica de las normas, parece claro que todas las normas jurídicas pretenden y buscan un interés de tipo general, sin perjuicio de que puedan contemplar también intereses particulares, respecto de los cuales tratan de encontrar un punto de equilibrio. Aun cuando la norma postule o prefiera un interés particular con respecto a otro, lo hará siempre por estimar que ello es lo más conveniente para el interés general. En las normas que regulan, por ejemplo, la sucesión mortis causa se dan cita evidentes intereses de carácter particular (del causante-testador, de sus familiares, de sus acreedores, etc.), pero la regulación total del fenómeno se hará siempre en aras de un interés general. Hay una carga evidente de sentido político y social en el fenómeno sucesorio, que puede ir desde la conservación de unas determinadas estructuras sociales, pasando por la perpetuación del poder económico o de la riqueza en unas manos, hasta lo que cabe llamar el interés general en la continuidad de la vida jurídica (que las relaciones jurídicas no se extingan por la muerte de su titular activo o pasivo)”, Díez Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, 38-39.

<sup>80</sup> *Ibid.*, 39.

obligaciones, que “tienen fuerza de ley entre las partes contratantes” (artículo 1091 Código Civil), es porque una norma “creada por el Estado”, una ley, “expresión de la voluntad popular”, así lo ha establecido.

A conclusiones equivalentes nos llevan el análisis institucional de la economía y el movimiento del análisis económico del derecho. Se pone énfasis en que no puede analizarse si una economía es eficiente sin tener en cuenta el sistema jurídico en cuyo marco se desarrolla el mercado<sup>81</sup>. Mantener vigentes unas normas de funcionamiento de las operaciones económicas entre particulares, por un lado, y establecer un sistema judicial –y arbitral– por medio del cual estas normas se puedan hacer cumplir (*enforcement*) también es una “intervención” del Estado en la economía, fruto de una decisión política<sup>82</sup>.

Al mismo tiempo, hay que tener presente que no existe una interpretación única de qué es el interés general y cada decisión siempre comportará beneficios para unos y desventajas para otros. En este sentido, Joseph E. Stiglitz y Jay K. Rosengard, profesores de economía pública, explican que el objeto de estudio de esta disciplina es estudiar cómo se toman las decisiones colectivas en sociedades democráticas y, en este sentido, señalan que la disparidad de criterios es parecida a la que puede haber dentro de una empresa privada en relación con la diversidad de interpretaciones de qué opción es la mejor para el interés común<sup>83</sup>. En este sentido, lanzan una advertencia frente a las invocaciones de un interés público que pueda ser entendido de forma unidimensional<sup>84</sup>.

Por otro lado, tampoco resulta ajustado a la realidad afirmar que el derecho administrativo solo se ocupa de intereses colectivos. De hecho, García de Enterría y Fernández advierten que el derecho subjetivo específico de derecho administrativo “consiste esencialmente en la posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una norma objetiva en su propio interés”, y frente a esta consideración no se puede argüir que “la norma que ha de juzgar la

---

<sup>81</sup> Una introducción a esta literatura puede encontrarse en Ricardo Rivero Ortega, *Derecho administrativo económico*, 8.ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2018), 44.

<sup>82</sup> En este sentido, Stephan G. Breyer y Richard B. Stewart, al abordar el concepto de *regulatory law* –que podría traducirse como el derecho administrativo sectorial–, señalan que la aplicación del *common law* por parte de los tribunales de justicia en materia de contratos o daños también representa una forma de intervención en la economía, por lo que la denominación de *regulatory law* es equívoca. En efecto, también se trata de hacer cumplir unas normas que todos los operadores en el mercado deben respetar. Es decir, que ambas ramas del derecho constituyen “regulaciones” basadas en el interés general, Stephen G. Breyer y Richard B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases* (Boston, MA: Little, Brown, 1985), 25.

<sup>83</sup> Especialmente en grandes corporaciones, se ha acabado admitiendo que la toma de decisiones es muy compleja y difícil de reducir a modelos. En efecto, dentro de una empresa habrá diferencias sobre qué es lo que debe hacerse en un determinado momento –comprar o no comprar, por ejemplo– sobre la base previsiones de las consecuencias que cada decisión tendrá, pero también estarán motivadas por diferencias de valores, como fijarse más en el corto o en el largo plazo, Joseph E. Stiglitz y Jay K. Rosengard, *Economics of the Public Sector* (New York: W. W. Norton & Company, 2015), 15.

<sup>84</sup> “The recognition of this divergence of views is important in itself. It should make us wary of expressions such as “It is in the public interest” or “We are concerned with the good of society”. Different policies may be good for different individuals. One should carefully specify who will benefit from a given policy and who will be harmed by it”, *Ibid.*

validez del acto es una norma destinada a servir sólo al interés general”, puesto que “todas las normas objetivas, y no sólo las administrativas, están basadas en el interés general<sup>85</sup>”. En el mismo sentido, Hans Kelsen señala que “en cada norma positiva de Derecho administrativo o penal –Derecho «público» uno y otro, a no dudarlo- puede determinarse el hombre al cual se reconoce un interés en tal norma, la cual se convierte en protectora de ese interés<sup>86</sup>”. En efecto, las normas de derecho administrativo sirven a menudo más como garantía contra el poder que como garantía del poder, como sucede con la regulación de los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo o con la legislación de transparencia. En otras palabras, si diéramos por válida la dicotomía del interés público y privado, debería concluirse entonces que el derecho administrativo también persigue el interés particular y no el general, puesto que busca proteger a la parte privada frente al interés general que, en principio, representa el poder público.

Otro ejemplo que indica que la contraposición entre interés general y particular no sirve para distinguir el derecho público del privado es el fenómeno del *enforcement* privado del derecho de la competencia, es decir la aplicación de las normas de defensa de la competencia en litigios promovidos por particulares contra otros particulares. En ellos se puede decir que también hay un “interés público”, pero nadie niega que pertenecen al ámbito del “derecho privado”. Detengámonos un momento en conocer cómo funcionan estos procesos.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) prevé en su título II el “esquema institucional para la aplicación de esta Ley”. Dentro de este título, el artículo 16 establece los mecanismos de cooperación entre la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que es una autoridad de carácter administrativo independiente, y los órganos jurisdiccionales (se entiende que son los mercantiles de acuerdo con el artículo 86ter.2.a) LOPJ). Estos mecanismos de cooperación responden al hecho de que la LDC prevé dos tipos de procedimientos para hacer cumplir sus disposiciones. Por un lado, la CNMC persigue de oficio todas aquellas conductas que considera anticompetitivas, y puede imponer sanciones de carácter administrativo, que, a su vez, podrán ser objeto de un posterior recurso contencioso-administrativo. Por otra parte, los jueces de lo mercantil pueden conocer de litigios en los que un particular demande a otro, y en los que el motivo o uno de los motivos de su pretensión esté relacionado con la vulneración de las normas básicas

---

<sup>85</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:69. Más tarde, añaden: “Que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) para terceros (art. 72.2 LJ), como consecuencia de la trascendencia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. La acción y, consiguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino a la defensa de los propios intereses. El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la Ley”, *Ibid.*, II:75. En la misma línea, Díez Picazo y Gullón destacan que la “realidad nos muestra relaciones jurídicas indudablemente incardinadas en el Derecho público, donde puede perseguirse un interés particular o donde los intereses particulares están también presentes”, y ponen como ejemplos las “las normas que establecen una reducción o una exención del pago de un impuesto” o “las que permiten una concesión sobre un bien de dominio público, etc, Díez Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, 38-39.

<sup>86</sup> Kelsen, *Teoría general del Estado*, 135.

de la competencia, contenidas en los artículos 1 y 2 LDC o en los artículos 101 y 102 TFUE<sup>87</sup>. De este modo, una misma disposición, como el artículo 1 LDC, puede ser aplicada tanto por órganos judiciales que conocen de litigios clasificados como de derecho privado, como por una autoridad administrativa independiente, en un marco de derecho administrativo, con la posibilidad de que esta aplicación sea revisada posteriormente por un tribunal de lo contencioso-administrativo.

Por otro lado, la exposición de motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, habla del “conjunto de los intereses que confluyen en el sector. El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”. En esta Ley, a diferencia de la LDC, no se prevé un *enforcement* de carácter administrativo, pero se reconoce explícitamente que las normas contra la competencia desleal no solo protegen el interés de los empresarios afectados por una conducta de tal tipo, sino que van más allá y protegen el interés público en mantener un mercado libre de deslealtad. No obstante, por razones pragmáticas, el legislador aquí ha optado por dejar la aplicación de la ley en manos de la iniciativa de los particulares, sin perjuicio de que, si la conducta desleal también es anticompetitiva, pueda ser objeto de un procedimiento en defensa de la competencia.

Los ejemplos del derecho de la competencia y de la protección contra la competencia desleal demuestran que las distinciones absolutas entre derecho público y privado no responden a la realidad. ¿A partir de qué momento un conflicto originado por un acto cometido por un particular pero que afecta a una multitud de personas deja de ser privado para pasar a ser público? Habitualmente, las dos perspectivas se superpondrán, como puede ocurrir en un pacto colusorio entre ciertas empresas para pactar precios. En un supuesto como este, se puede combinar una acción de reclamación de daños y solicitud de cese de conducta anticompetitiva ante un juzgado mercantil con un procedimiento sancionador iniciado por la CNMC<sup>88</sup>. Este esquema también puede repetirse ante un vertido de una sustancia contaminante en un río por parte de una industria. Aquí pueden entrecruzarse remedios de carácter privado, como una acción civil por daños y perjuicios o por inmisiones, con técnicas de derecho público como un procedimiento de restauración de la legalidad y sancionador administrativo o un procedimiento penal por un delito contra el medio ambiente.

También resulta de interés traer a colación el ejemplo de los denominados “sectores regulados”. A pesar de que, legalmente, estos servicios son calificados como “servicios de interés general”, en línea con la terminología impulsada por la Unión Europea, el objetivo de

---

<sup>87</sup> Una buena introducción al tema puede encontrarse en Ignacio Sancho Gargallo, «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», *Indret*, n.º 1 (2009).

<sup>88</sup> En este sentido, son ilustrativas las palabras de Tomás-Ramón Fernández, cuando afirma que “hace muchos años que las posiciones respectivas de la autoridad y del ciudadano dejaron de ser netamente diferenciables y que se hizo evidente lo que de engañoso y falaz había en la inicial contraposición entre el interés público y el privado. Unos y otros, gobernantes y gobernados, vamos en el mismo barco”, Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces* (Barcelona: Ariel, 1998), 28.

las Directivas europeas en esta materia no ha sido otro que el de la liberalización de estos mercados, impulsando el papel del sector privado frente al público. Es decir, la legislación de estos sectores reconoce, por un lado, que en el sector en cuestión subyace un “interés general” pero, por el otro, establece que el sector público debe dar un paso hacia atrás y dejar que lo que durante muchos años vino haciendo él (suministrar servicios de telefonía, por ejemplo) sea asumido por compañías privadas en régimen de competencia. Así pues, la relación jurídica que entablarán los usuarios con las mismas será formalmente de derecho privado<sup>89</sup>. En definitiva, el de los sectores regulados es un ejemplo muy gráfico de que nuestro derecho no solo reconoce la presencia del interés general en el derecho administrativo.

Por último, hay que mencionar las relaciones jurídicas que entablan los adjudicatarios de un contrato público de servicios ofrecidos a terceros o los concesionarios de servicios o de obras. Si la Administración externaliza un servicio público mediante la gestión “indirecta” a través de un concesionario, las relaciones jurídicas que se establezcan con terceros usuarios serán formalmente de derecho privado. En cambio, si la Administración hubiera optado por la gestión “directa” del servicio público con sus propios medios, la relación jurídica habría sido calificada como de derecho público. En ambos casos estaríamos hablando de una misma situación, por ejemplo la gestión de una piscina municipal. Sin embargo, la etiqueta de derecho público o privado dependerá de una circunstancia contingente, como es la gestión directa o indirecta del servicio. En conclusión, una vez más se comprueba como la distinción habitual entre derecho público y privado es relativa e imprecisa.

En definitiva, existen diversas razones para considerar que la idea de interés público o privado no permite trazar una frontera nítida entre el derecho público y el derecho privado. Además, partiendo de la idea de la unidad del ordenamiento jurídico y de que todo él está inspirado en el interés general, no puede aceptarse una dicotomía basada en este criterio. Así pues, desde este punto de vista, no pueden apreciarse razones por las que, de entrada, deba descartarse la posibilidad de utilizar el arbitraje en el sector público.

## b) Verticalidad vs. horizontalidad

Una de las cuestiones que es tradicional destacar de las relaciones jurídicas administrativas es que en ellas predomina la “verticalidad”. Es decir, en ellas, la Administración ocupa un puesto preeminente respecto al particular<sup>90</sup>. Este último tiene garantías contra la actuación administrativa, pero el punto de partida es la superioridad jurídica del poder público. De acuerdo con la doctrina administrativista española, la máxima expresión de esta idea es el

---

<sup>89</sup> Sin embargo, se han aprobado leyes de “pobreza energética” que establecen procedimientos y garantías específicos para evitar que los usuarios queden desabastecidos de estos servicios de interés general. Una muestra más de la interrelación entre privado y público.

<sup>90</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:729.

llamado poder o técnicas de “autotutela”<sup>91</sup>. En esta línea, Peter Cane identifica la necesidad de imponer “*special duties*” a la Administración como una de las razones de la existencia autónoma del Derecho público. Estos deberes especiales, como el de “*procedural fairness*”, se justifican a la vez por el poder que ostenta la Administración frente a los particulares y normalmente no se exigen a los particulares<sup>92</sup>.

Sin embargo, este rasgo de coerción o verticalidad al que nos hemos venido refiriendo no siempre se da, es contingente. Cuando la Administración debe ejercer facultades de control (otorgamiento de licencias, llevar a cabo inspecciones, imposición de sanciones...), es evidente que se sitúa por encima del particular desde un punto de vista formal. Se trata de situaciones típicas de lo que tradicionalmente se ha calificado como actividad administrativa *iure imperii*, en contraposición con la actividad *iure gestionis*.

Sin embargo, incluso en los casos de derecho administrativo en sentido estricto (impugnación de una sanción, por ejemplo), una vez el asunto se lleva ante el juez contencioso-administrativo, teóricamente, en virtud del principio de igualdad de armas, ambas partes se hallarán en una relación procesal en la que la verticalidad desaparece<sup>93</sup>.

Además, la naturaleza jurídico-privada de una relación no siempre implica horizontalidad. Dentro de las asociaciones o las sociedades mercantiles, se pueden dar casos de expulsión o separación de socios. Aquí se ejerce sin duda un poder “vertical” desde el órgano de administración de la entidad o desde la asamblea o junta general, y la decisión fruto de este ejercicio puede revisarse en sede judicial, donde se aplicarán algunos razonamientos que tienen elementos comunes con la revisión de decisiones administrativas. Por ejemplo, el principio general de deferencia hacia las decisiones fruto de la “discrecionalidad empresarial” (*business judgment rule*).

---

<sup>91</sup> Para la exposición clásica de esta cuestión, ver el capítulo dedicado a “Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela” en *Ibid.*, I:537-85. Para una exposición parcialmente distinta de este principio, y crítica con algunos aspectos de la explicación clásica de García de Enterría, ver Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 4.ª ed. (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 321-55.

<sup>92</sup> “Because of the power public officials and agencies can wield over citizens (most particularly because government enjoys a monopoly of legitimate coercion), we may want to impose on them special duties (such as duties of procedural fairness) that do not normally apply to private citizens, and other special rules about what they may do and how they may do it.”, Cane, *Administrative Law*, 5.

<sup>93</sup> Como se indicará más adelante, es cuestionable que esta verticalidad desaparezca del todo en la práctica, sobre todo en relación con la capacidad que tiene el recurrente para desvirtuar la presunción de validez de la actuación administrativa impugnada. Sin embargo, “en el proceso contencioso-administrativo actual las partes son rigurosamente iguales en cuanto a derechos y cargas, sin lo cual el proceso carecería de «todas las garantías», como impone el artículo 24 de la Constitución”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:661. En el mismo lugar, estos autores critican “que no es infrecuente que se sustantive el principio de presunción de validez de las pruebas administrativas, cuando ese principio no es más que una expresión de la técnica estructural de la autotutela y queda sometido en un proceso a la jurisdicción plenaria del juez”.

En estas relaciones verticales de derecho privado, se aplican las garantías de procedimiento, audiencia, contradicción, etc. Terence Daintith habla de casos de “*constitutive contracts*” en los que entidades privadas creadas por contrato ejercen poderes equivalentes a los administrativos y a los que desde el siglo XIX la jurisprudencia les exige las mismas normas de actuación de “*natural justice*” que se han aplicado históricamente a la Administración británica<sup>94</sup>. De hecho, este mismo autor cita la teoría según la cual los fundamentos del control judicial de la Administración británica se pueden hallar en la idea de que los poderes públicos son “*fiduciaries*” de la confianza pública<sup>95</sup>.

Luis Díez Picazo y Antonio Gullón Ballesteros también cuestionan el rasgo distintivo de la verticalidad poniendo como ejemplos las relaciones de familia, “donde la autoridad y la subordinación existen”, o las relaciones laborales. En efecto, el artículo 58 del Estatuto de los trabajadores<sup>96</sup> reconoce la posibilidad de que la dirección de la empresa imponga sanciones a los trabajadores<sup>97</sup>. Por otro lado, los autores citados también advierten de la “quimera” que muchas veces es la “igualdad entre los contratantes”. Este sería el caso de muchos contratos entre consumidores y grandes empresas, como los relativos a préstamos bancarios, en los que difícilmente se puede afirmar que se esté ante una relación “horizontal<sup>98</sup>”. A la vez, apuntan a las relaciones de coordinación que también se dan en derecho administrativo (mancomunidades de municipios o una “cuestión de competencia entre funcionarios”)<sup>99</sup>, que indicarían que la verticalidad no es un rasgo que se pueda identificar en todas las relaciones jurídico-administrativas. En esta línea, podríamos añadir los contratos privados de la Administración, en los que esta última no tiene capacidad para

---

<sup>94</sup> «Contractual Discretion and Administrative Discretion: A Unified Analysis», *Modern Law Review* 68, n.º 4 (2005): 572.

<sup>95</sup> *Ibid.*, 573.

<sup>96</sup> Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

<sup>97</sup> **Artículo 58. Faltas y sanciones de los trabajadores.**

1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.

(...).

<sup>98</sup> A no ser que el solicitante tenga una gran capacidad económica, el procedimiento para solicitar un préstamo bancario puede compararse, en cuanto a la verticalidad, con un procedimiento administrativo, de forma que la verticalidad no sería exclusiva del derecho administrativo. En efecto, la solicitud del préstamo motivará la apertura de un expediente en el que se examinará la solvencia del solicitante, etc. y al final se adoptará una “resolución” del procedimiento, emitiendo una oferta de préstamo o no, con escasa posibilidad de negociar sus términos.

<sup>99</sup> Díez Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, 40.

resolver por ella misma, en primera instancia, cuestiones relativas a la interpretación o resolución del contrato<sup>100</sup>.

En esta misma línea, García de Enterría y Fernández señalan que el ejemplo de los actos subvencionales desmonta la teoría según la que el acto administrativo se identifica con el “acto dictado con una especial fuerza hacia el súbdito” y recuerdan que la autotutela “es un atributo de la Administración como sujeto, pero no tiene por qué expresarse en todos y cada uno de sus actos jurídicos (simplemente, porque no en todas las ocasiones la Administración necesita tutelar y proteger sus derechos o intereses frente a terceros)<sup>101</sup>”.

En definitiva, todo lo expuesto indica que resulta difícil distinguir entre conflictos de derecho público y conflictos de derecho privado a partir del criterio de verticalidad u horizontalidad. En consecuencia, esta no puede ser una base para excluir, de plano, el arbitraje público. En cualquier caso, sin embargo, la existencia de una desigualdad en la relación jurídica en la que se origina la controversia no impediría, por sí misma, que esta fuera susceptible de ser resuelta mediante arbitraje. Si bien es cierto que algunos países establecen la no arbitrabilidad de las controversias laborales, por ejemplo, en las que puede identificarse esta desigualdad, hay que tener en cuenta que existen mecanismos para garantizar que dicha desigualdad no se refleje en el procedimiento arbitral. Así, en ámbitos como el derecho de consumo, se han adoptado precauciones para que la parte débil, el consumidor, participe en un arbitraje con todas las garantías para la protección de sus derechos. En conclusión, incluso si existe desigualdad entre las partes y la relación no es realmente horizontal, esto tampoco excluiría *per se* el arbitraje.

### c) La función materialmente administrativa

Juan Alfonso Santamaría Pastor recuerda que históricamente se ha intentado “identificar un *concepto objetivo* de “función administrativa” típica, paralela y distinta de las funciones legislativa y jurisdiccional, que fuera común a toda posible actuación administrativa<sup>102</sup>”. Según este autor, esta ha sido una de las búsquedas equiparables a la de la piedra filosofal por parte de los alquimistas, puesto que “no es posible aislar una “función administrativa” en singular, única y homogénea, por la sencilla razón de que no existe ni puede existir<sup>103</sup>”.

---

<sup>100</sup> Hay que destacar que la figura del contrato administrativo, en el que se aprecia una posición de verticalidad de la Administración porque puede decidir unilateralmente sobre su resolución, por ejemplo, no existe en todos los sistemas de nuestro entorno. En este sentido, Muñoz Machado destaca que “en Alemania no existe la categoría específica del «contrato administrativo» asentado en el Derecho francés y español”, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo XIII. Los contratos del sector público*, 2.ª ed. (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 49.

<sup>101</sup> *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:590-91.

<sup>102</sup> Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, I:35.

<sup>103</sup> *Ibid.* En este sentido, Santamaría Pastor señala que el conjunto de actividades que desarrollan las administraciones hoy en día es tan heterogéneo que reducirlo a un solo concepto es inviable. Así, pone de relieve que las administraciones desempeñan actividades que van desde las más consideradas socialmente, como

Hay que recordar que muchas de las funciones que antiguamente se consideraban administrativas, ahora ya no lo son, y que, en estos supuestos, se pueden identificar tradiciones contrapuestas. Un ejemplo muy gráfico del primer caso –evolución en el tiempo– es el del correo postal. En España, lo que hoy es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. fue hasta 1991 una Dirección General de un Ministerio, fecha en la que desapareció para dar lugar a la creación de un organismo autónomo económico<sup>104</sup>, que posteriormente se convertiría en una entidad pública empresarial<sup>105</sup> y más tarde, en una sociedad mercantil pública<sup>106 107</sup>.

Esta última transformación vino impuesta por la liberalización del mercado postal impulsada por la Unión Europea. Actualmente, según se desprende del artículo 2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (en adelante, Ley postal), dicha sociedad estatal compite con el resto de empresas del sector postal en todo aquello que no es el servicio postal universal. Según la Ley postal, las actuaciones que comprende este servicio deben realizarse obligatoriamente por parte del operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, aunque no sean rentables. Se trata, por ejemplo, del transporte de cartas por debajo de un determinado peso en todo el territorio, incluso hasta las poblaciones más remotas. Correos y Telégrafos, S.A. tiene encomendado por ley este servicio por un período de 15 años desde el 2010<sup>108</sup>. Por lo tanto, ahora tenemos un operador del servicio postal universal que forma parte del sector público (se trata de una sociedad mercantil 100% pública) pero, según las normas del sistema actual, en el futuro podría tratarse de un operador del sector privado.

Este esquema también se repite en el mercado de las telecomunicaciones. Se trata de un mercado antiguamente monopolio del Estado y que también se halla sujeto a un régimen de “sector regulado”, que prevé que las empresas privadas deban asumir en algunos casos

---

el fomento de la cultura o la educación, hasta las supuestamente menos gratificantes o reconocidas, como la gestión de residuos o la gestión penitenciaria. Además, recuerda que tampoco pueden englobarse todas estas actividades tan diversas bajo un concepto como “la tendente a la consecución de los intereses públicos o colectivos”, porque esta finalidad también la cumplen los demás poderes del Estado y las entidades privadas sin fin de lucro, *Ibid.*, I:36.

<sup>104</sup> Artículo 99 en la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

<sup>105</sup> Disposición adicional undécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

<sup>106</sup> Artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

<sup>107</sup> Este es uno de los ejemplos, junto a otros como el de los aeropuertos o el de los puertos del Estado, que citan García de Enterría y Fernández al hablar sobre lo que ellos consideran un “abuso de la creación de entes institucionales como técnica de «huida del Derecho Administrativo»”, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:445-46.

<sup>108</sup> Disposición adicional primera de la Ley postal.

“obligaciones de servicio público”, como puede ser tender una línea telefónica hasta una población que, si fuera por criterios de pura rentabilidad, nunca se ejecutaría.

En relación con el segundo aspecto (diversidad de tradiciones), se puede mencionar que, mientras que en países como Reino Unido o Países Bajos algunos servicios –denominados ahora como servicios de interés general” por el Derecho de la Unión Europea–, como el de la electricidad, el gas o el transporte, se considerarán actividades privadas con algún tipo de obligaciones especiales, en la tradición francesa los actores económicos que desarrollan estas actividades se entenderán que participan en la misión especial de servicio al interés común<sup>109</sup>. Como es evidente, el Derecho de la Unión Europea se ha inclinado por la primera de las tradiciones y ha comportado la consolidación del concepto de “sectores regulados”.

Otro ejemplo es el de los servicios portuarios: tradiciones como la neerlandesa o la británica no ven nada especialmente administrativo en estas actividades, mientras que la tradición francesa las considerará como una misión especial en servicio del interés general. Para John Bell, la Administración simplemente ofrece un mecanismo, entre muchos, para prestar estos servicios, no hay ningún aspecto que distinga la actividad de la Administración de la que llevaría a cabo el sector privado<sup>110</sup>.

Por otro lado, tenemos otros supuestos como la contratación de empresas de seguridad privada para desempeñar tareas cuya externalización habría sido impensable hace no tantos años. Actualmente, se encarga la vigilancia de edificios públicos, como sedes de consejerías autonómicas, universidades públicas o incluso comisarías de policía, a empresas de seguridad privada, igual que el control de seguridad en aeropuertos o la vigilancia de redes de metro. En el ámbito del Reino Unido, Peter Cane recuerda el impulso de grandes privatizaciones o contratación externa de funciones “públicas”, que tuvo lugar en este país a partir de los años 1980 bajo el paradigma del “*New Public Management*”<sup>111</sup>).

En definitiva, el proceso de liberalización de servicios que antiguamente se consideraban como el paradigma de la actividad administrativa<sup>112</sup> es complejo, diverso y ha tenido distintas

---

<sup>109</sup> Bell, «Administrative Law in a Comparative Perspective», 290.

<sup>110</sup> Bell, «Comparative Administrative Law», 1263.

<sup>111</sup> Cane, *Administrative Law*, 26-28.

<sup>112</sup> Como explican García de Enterría y Fernández, “la experiencia de las nacionalizaciones y empresas públicas (...) por sí sola bastó en Francia para poner en crisis la hasta ese momento hegemónica «doctrina del servicio público» que hacía un dogma de la aplicación necesaria del Derecho Administrativo a la gestión de los servicios públicos (el fenómeno de las empresas públicas ha roto definitivamente esa correspondencia, al suponer, por una parte, la aplicación del derecho privado en la gestión ad extra de servicios públicos inequívocamente tales –ferrocarriles, electricidad, gas–; por otra, la aplicación del derecho público –en cuanto a la forma de personificación y organización– para gestionar actividades sustantivamente privadas)”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:56.

versiones en cada país. Estas cuestiones nos recuerdan la relatividad de cualquier distinción basada en la cualidad intrínsecamente pública de una determinada actividad.

Desde el punto de vista del análisis comparado del derecho administrativo, John Bell señala que es muy difícil afirmar que existe una función genérica y esencial del Derecho administrativo, más allá de la idea de contar con estructuras administrativas que ejecuten las políticas públicas que adopten las instituciones representativas. En consecuencia, considera que, idealmente, el análisis comparado del derecho administrativo debe centrarse en áreas más específicas que las que comprenden las obras doctrinales “nacionales” sobre cada sistema jurídico administrativo<sup>113</sup>.

Es cierto que, respecto a algunas actividades, es más difícil imaginar que se puedan llevar a cabo por el sector privado, aunque sea con una estricta supervisión (por ejemplo, los servicios secretos, la policía de investigación). Sin embargo, a menudo acaban apareciendo ejemplos que demuestran lo contrario<sup>114</sup>. Dado que se trata de convenciones sociales, incluso lo que podría parecer inimaginable ha acabado ocurriendo en algunos casos, como en Reino Unido o los Estados Unidos, con la externalización de la gestión de prisiones<sup>115</sup>.

En nuestra doctrina, García de Enterría y Fernández también han acabado adoptando una visión pragmática de la cuestión. En primer lugar, exponen el criterio para conocer a qué actividades de la Administración resulta aplicable el derecho administrativo, en contraposición con el derecho privado: se aplicará el derecho administrativo en los casos en los que la Administración “realiza una función típica, es decir, una actividad propiamente administrativa”. Y esta actividad “propiamente administrativa” es el llamado “giro o tráfico administrativo”, “comprensivo de toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales<sup>116</sup>”.

Estos autores, sin embargo, admiten que el concepto plantea una dificultad insalvable: “el hecho de que no hay una norma apriorística que nos diga qué actos quedan comprendidos en el giro o tráfico administrativo”. Ante esta problemática, reconocen que la única solución pasa por el pragmatismo: “la respuesta al caso concreto habrá que buscarla en las normas propias del mismo según el Derecho positivo<sup>117</sup>”. Este pragmatismo es coherente con la constatación de los mismos autores, según la cual “las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende

---

<sup>113</sup> Bell, «Comparative Administrative Law», 1268-69.

<sup>114</sup> Pensemos por ejemplo en la profesión de investigador privado.

<sup>115</sup> Cane, *Administrative Law*, 27; Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 192.

<sup>116</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:85.

<sup>117</sup> *Ibid.*

esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce<sup>118</sup>”.

En conclusión, las fronteras entre lo público y lo privado tampoco están claras por lo que se refiere a la naturaleza materialmente administrativa de una función. En consecuencia, una distinción basada en tal criterio no es lo suficientemente sólida como para erigirse, de entrada, como un impedimento para el arbitraje público.

#### d) Libertad de actuación

Otra forma de abordar la distinción entre derecho público y derecho privado es fijarse en el contraste entre la libertad de actuación de la que gozan los particulares, dentro de los límites de la ley, y la ausencia de tal libertad en la actuación de las entidades públicas.

En efecto, toda decisión que adopte una Administración deberá estar motivada, fundarse en el derecho aplicable y en la satisfacción del interés general, y será susceptible de un control judicial plenario en el que se comprobará que la actuación se ha ajustado a estos requisitos (arts. 9.3 y 103 en relación con art. 106.1. CE)<sup>119</sup>. Incluso cuando se trate de una entidad del sector público con forma privada, su actuación no estará dirigida a satisfacer su propio interés, pues estrictamente no lo tiene, sino que, como toda entidad del sector público, actuará como mandataria de toda la sociedad. El interés público al que deben servir estas entidades está predeterminado –con mayor o menor precisión– por la Ley y el Derecho, al que se encuentran plenamente sometidas, como dispone el art. 103.1 CE<sup>120</sup>.

En definitiva, las entidades del sector público no disponen de un margen de decisión tan amplio como las personas privadas, sino que siempre deben actuar bajo el amparo de la Ley. Esta siempre contendrá algún tipo de directriz, más o menos detallada, para orientar a la entidad pública en su actuación. Se ha dicho, en este sentido, que “es la legalidad (...) y no la libertad lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos<sup>121</sup>”.

En cambio, los particulares gozan de una autonomía privada reconocida por el ordenamiento jurídico. Dentro de los márgenes que acotan las normas imperativas, los particulares pueden

---

<sup>118</sup> Ibid., I:56. En la misma línea, en relación con la caracterización del acto administrativo, estos autores advierten de que resulta “*a priori* difícil y en la práctica totalmente imposible caracterizar cada uno de los poderes en la producción de un acto jurídico típico y unitario”, Ibid., I:590.

<sup>119</sup> Sobre el especial carácter de la Administración como sujeto extraordinario de Derecho, ver Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho administrativo*, 8.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 11 y ss.

<sup>120</sup> El artículo 2.2.b) LRJSP sujeta a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas a los principios generales que enumera el artículo 3 de la misma ley, entre los que se incluyen el sometimiento pleno a la Ley y el servir con objetividad los intereses generales. Según este precepto, la sujeción a estos principios generales es independiente de si estas entidades ejercen o no alguna potestad administrativa.

<sup>121</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:447.

actuar y disponer de sus intereses según les parezca más conveniente. En este sentido, el artículo 1255 del Código Civil prevé la posibilidad de pactar cualquier cláusula contractual que no se oponga a la moral, a las leyes y al orden público.

Pues bien, partiendo de que este es un criterio válido para distinguir a los sujetos públicos de los privados, y, por ende, los conflictos en los que son parte los sujetos públicos de aquellos “puramente” privados, la pregunta es si tiene alguna relevancia para la figura del arbitraje público. En mi opinión, no la tiene, puesto que la admisibilidad del arbitraje público no depende de la existencia de una autonomía de voluntad en los entes públicos. La configuración del arbitraje público debería ser distinta de la que se prevé para el arbitraje privado y basarse, precisamente, en que las entidades públicas no disfrutaran de una auténtica autonomía de la voluntad. Su consentimiento al arbitraje puede –y, en mi opinión, debe– venir previsto en la ley.

Se trata de utilizar el esquema habitual en el arbitraje de inversiones internacionales, un modelo en el que los poderes públicos no tienen que consentir respecto a cada caso concreto sino que es una norma general –en nuestro caso, sería una ley o un reglamento– la que prevé la sumisión a arbitraje de la entidad en cuestión. Esta es la forma en que se prevé el consentimiento a arbitraje del Estado receptor de la inversión en convenios internacionales como el Tratado sobre la Carta de la Energía (art. 26.4). Autores como Joaquim Ferret Jacas han señalado que el arbitraje público podría funcionar de esta manera, dado que “la Administración no tiene otra voluntad que la de la Ley, y si ésta le manda en determinadas circunstancias optar por la vía arbitral no tiene más remedio que hacerlo. Cabría por tanto que la elección de la vía arbitral quedara en exclusivas manos del particular<sup>122</sup>”. Así pues, la ausencia de una verdadera libertad de actuación de los entes públicos no implica que no puedan ser parte en un arbitraje.

Sin embargo, imaginemos por un momento que se opta por un modelo de arbitraje público en el que la Administración debe prestar su consentimiento a utilizar este medio de resolución de conflictos caso por caso. En este escenario, muchos autores se opondrían al arbitraje porque la Administración no puede “disponer” de las controversias en las que sea parte. Es un sujeto vicarial, que no actúa en interés propio sino en nombre del interés público, del que no puede disponer.

Esta objeción, sin embargo, no resultaría razonable. En primer lugar, el carácter “vicarial” de la Administración, de mandataria de la sociedad, no es incompatible con la sumisión a arbitraje. Igual que una sociedad mercantil puede otorgar poderes a favor de un directivo para que gestione una determinada área del negocio, y puede incluir en él facultades como la de interponer demandas o someter una controversia a un arbitraje, el mandato otorgado a favor de la Administración para la gestión de los intereses generales también puede

---

<sup>122</sup> «Límites del arbitraje administrativo», 17.

comprender dicha facultad. No cabe olvidar tampoco los arbitrajes de derecho internacional público a los que históricamente se han sometido los Estados.

En segundo lugar, en un esquema de funcionamiento como este, el acto de sumisión de la Administración a arbitraje no sería fruto de la autonomía de la voluntad, de una disposición de intereses comparable a la que puede efectuar un particular, sino que constituiría un acto administrativo fruto del ejercicio de una potestad reglada o discrecional. En efecto, si la ley no previera ningún tipo de directriz más allá de la satisfacción del interés público, la Administración ejercería una potestad discrecional y podría decidir que la mejor forma de satisfacer el interés general en aquel caso concreto es optar por un arbitraje, en lugar de acudir a la jurisdicción. Es decir, el hecho de que la Administración no sea igual que un sujeto privado en cuanto a su libertad de actuación no impide que el sometimiento a arbitraje pueda ser considerado acorde con el interés público. En el fondo, se trata de la misma idea que está detrás de la regulación de la transacción contenida en el artículo 77 LJCA, que menciona la adecuación de la transacción al interés público como uno de los parámetros que debe comprobar el juez o tribunal que homologa el acuerdo.

En definitiva, las diferencias que puedan existir entre entidades públicas y personas privadas en cuanto a su libertad de actuación tampoco conforman, *per se*, una frontera impenetrable para el arbitraje.

#### e) La presencia de una Administración en el conflicto

Otro posible criterio de delimitación entre los conflictos se basa en examinar qué sujetos son parte de la controversia. Si en el conflicto alguna de las partes es una Administración, entonces será calificado como conflicto de derecho administrativo. En este sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández señalan que “el carácter estatutario del Derecho Administrativo comporta una última consecuencia: para que exista una relación jurídico-administrativa es preciso que, al menos, una de las partes en relación sea una Administración Pública<sup>123</sup>”.

Este criterio, no obstante, no es tan sólido como podría parecer. Como explica Santamaría Pastor, la búsqueda de un concepto “subjetivo” de Administración Pública es uno de los intentos por encontrar un concepto de derecho administrativo que han terminado en un fracaso<sup>124</sup>. Si el derecho administrativo es todo aquel que aplica o por el que se rige la Administración, hace falta establecer primero qué se considera Administración, y es aquí donde empiezan los problemas. Tal y como ha apuntado este autor, no “es posible definir unos límites fijos y sólidos de lo que sea la Administración Pública en sentido subjetivo”. En

---

<sup>123</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:70.

<sup>124</sup> Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, I:36.

este sentido, recoge diversos fenómenos que cuestionan los límites que se mencionan habitualmente, entre los que destaca el de las sociedades mercantiles públicas<sup>125</sup>.

Así pues, teniendo en cuenta que la frontera entre lo que es considerado Administración y lo que no lo es, resulta muy difícil trazar con claridad una línea entre conflictos públicos y privados a partir de esta distinción. Sin embargo, en el ámbito de los contratos públicos, algún sector doctrinal ha querido ver en el hecho de que uno de los contratantes es una Administración un elemento sustantivo que permite distinguir al contrato administrativo del contrato de derecho privado común, sin llegar a negar que existe un “fondo estructural común” con este último ámbito<sup>126</sup>.

Como es sabido, el derecho español de contratos del sector público, por influencia directa del derecho francés, distingue entre “contratos administrativos” y “contratos privados”, una distinción que se ha calificado de “perfectamente ocasional” y “propia de nuestro Derecho y del francés”, pero desconocida en otros sistemas tan próximos al nuestro como el italiano e inexistente en otros sistemas como los germánicos o los anglosajones, en los que se reconoce alguna particularidad en el régimen de este tipo de contratos, pero no de carácter esencial<sup>127</sup>. En este sentido, García de Enterría y Fernández subrayan que las razones por las que en un inicio se atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de algunos contratos celebrados por la Administración eran pragmáticas, no dogmáticas. Se trataba, pues, de “una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil<sup>128</sup>”.

En la misma línea, subrayan que el pragmatismo que subyace a la actual repartición implica que la “línea particional entre una y otra jurisdicción” podría trazarse de otra manera, tanto unificando en la jurisdicción civil todas las cuestiones contractuales, sean catalogadas como de contrato administrativo o privado, como ocurre en otros sistemas de Derecho administrativo próximos, como el alemán, o bien atribuir el conocimiento de toda esta

---

<sup>125</sup> “según se desciende en los niveles de la Administración y nos alejamos del núcleo departamental, la pertenencia de unos u otros entes a la Administración se va deshilachando y haciéndose dudosa: en el ámbito de los entes instrumentales, no está cuestionado que sean Administración los organismos autónomos, pero permanece un debate acerca de si tal condición puede negarse, como hace la mayoría a las empresas públicas constituidas en forma de sociedad mercantil<sup>125</sup>”. En efecto, es discutible la convención según la que estas no “son” Administración sino que son propiedades de esta, teniendo en cuenta que “desde un punto de vista funcional estas sociedades públicas no se diferencian sustancialmente” de otras entidades instrumentales como los organismos autónomos o entidades públicas empresariales”, Ibid., I:33.

<sup>126</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:724.

<sup>127</sup> Ibid. El hecho de que en la relación jurídica esté presente la Administración es una peculiaridad, junto a las propias del “giro o tráfico” administrativo, que en efecto comporta ciertas “modulaciones de régimen más o menos significativas” respecto al régimen del contrato de derecho privado común, pero que no modifica la total “equivalencia estructural y funcional” con este último. Aquí, la Administración actúa como «cliente» de los empresarios privados”, Ibid.

<sup>128</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:733.

materia a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>129</sup>. De todo ello acaban concluyendo que “la calificación de un contrato de la Administración como privado o administrativo no tiene por sí misma una trascendencia decisiva en orden a la determinación de la regulación de fondo de unos y otros. En toda clase de contratos de la Administración es patente la mezcla del Derecho Administrativo y el Derecho privado<sup>130</sup>”.

Así pues, el ejemplo de los contratos públicos demuestra que la mera presencia de una Administración no implica, por sí misma, una distinción de carácter ontológico entre público y privado. De este modo, tampoco parece adecuado considerar que la presencia de una Administración en el conflicto se erige como un obstáculo insalvable para el arbitraje público.

#### f) Origen de los fondos

Un motivo por el que nos puede interesar distinguir entre los conflictos de derecho público y los de derecho privado es que en los primeros se halla en juego, en su mayoría de ocasiones, fondos públicos. En efecto, a toda la sociedad le interesa que los recursos de la Hacienda pública, que provienen mayormente de los impuestos que pagan las personas físicas y jurídicas, se utilicen siempre en beneficio del interés público.

La financiación pública es considerada a menudo como un rasgo definitorio de lo público. En este sentido, se ha señalado que las personificaciones de la Administración para actuar en régimen de derecho privado no pueden esconder que en realidad son “una organización inequívocamente pública (por su origen (...), por su financiación, en cuanto que opera con dinero público procedente de ingresos de este carácter)”. Los poderes públicos, “concepto material que utiliza la Constitución y que excluye cualquier camuflaje convencional autodecidido”, “manejan fondos públicos, además de ajenos, lo que impide toda equiparación con los empresarios o administradores privados<sup>131</sup>”.

En los conflictos puramente privados, en cambio, en los que por regla general no se halla en juego dinero público, la aceptación del arbitraje parece mucho más obvia. Si las partes desean evitar el juicio y prefieren el arbitraje, ¿qué puede oponerse a ello? En este campo, el análisis de la validez del arbitraje se termina antes de plantearse cuestiones como esta, puesto que el principio de la autonomía privada es considerado generalmente como una razón suficiente para admitirlo e implica, por él mismo, que las partes pueden tomar decisiones, como la de someterse a un arbitraje, que pueden tener afectación a sus intereses económicos.

Pues bien, sin rebatir que existe esta diferencia en cuanto a los recursos que están en juego, ¿qué efectos tiene la misma para el arbitraje? Si partimos de la base de que el arbitraje es un instrumento fiable para la resolución de controversias, un “equivalente jurisdiccional”, y que

---

<sup>129</sup> Ibid., I:738.

<sup>130</sup> Ibid., I:755.

<sup>131</sup> Ibid., I:447.

la sumisión al mismo por parte de una entidad pública no tiene por qué ser contraria al interés público sino que puede satisfacerlo, ¿qué es lo que puede impedir el arbitraje?

Como se expondrá más adelante, el arbitraje y la transacción se diferencian en muchos aspectos, pero comparten la característica que implican la sustitución del proceso judicial. En este sentido, hay que señalar que el artículo 77.1 LJCA prevé la posibilidad de transigir en los juicios sobre “materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad”. Tal y como se señalará en el capítulo VI, dedicado a analizar los criterios propuestos por la doctrina para delimitar la arbitrabilidad en el derecho administrativo, el hecho de que un conflicto verse sobre una “estimación de cantidad” no parece un buen criterio para establecer ni la posibilidad de transacción ni la arbitrabilidad, puesto que dentro de esta categoría pueden encontrarse controversias de naturaleza muy distinta.

Precisamente es esta consideración la que también debe llevarnos a descartar que se pueda excluir el arbitraje solo por el hecho de que en los conflictos con entidades públicas pueda haber una afectación al erario público. En efecto, puede considerarse que una controversia en torno a una gran cuantía puede ser arbitrable y un litigio en torno a una pequeña cuantía no, todo depende de los criterios de arbitrabilidad que se adopten.

En este sentido, en el capítulo VII.5 propongo un criterio orientativo para el legislador a la hora de determinar qué controversias del sector público pueden ser resueltas mediante arbitraje, relacionado con los recursos públicos. Allí explico que una de las pautas que podría guiar al legislador es la idea de la rendición de cuentas (*accountability*). Concretamente, se trataría de considerar que los litigios cuya cuantía supere un determinado umbral deben ser resueltos exclusivamente por el poder judicial, dado que este es más capaz de rendir cuentas ante la comunidad política por las decisiones que impliquen un gran impacto en el erario público. Como puede verse, este criterio orientativo parte de la premisa de que la afectación que puede tener un laudo arbitral a los fondos públicos no constituye una barrera de entrada para el arbitraje, porque se basa en una distinción de grado, que requiere el establecimiento de un umbral determinado.

#### g) Transparencia y rendición de cuentas

Bastante relacionado con el criterio de origen de los fondos está el criterio de transparencia y rendición de cuentas. La comunidad política democrática está interesada, por definición, en conocer las vicisitudes económicas y de otro tipo de sus instituciones. Sin el principio de rendición de cuentas (*accountability*) del poder público, no habría Estado democrático de derecho. Tal y como señala Peter Cane, las administraciones pueden ostentar el monopolio de ciertas actividades y de la provisión y prestación de determinados bienes y servicios, por

lo que se puede pensar que, al ejercer tales monopolios, están sujetas a formas de “rendición de cuentas”, a las que los particulares habitualmente no están sujetos<sup>132</sup>.

Interesa destacar que el propio autor admite que esta distinción no es aplicable en todos los casos, puesto que los particulares “habitualmente” no se hallan sujetos a deberes de transparencia o rendición de cuentas, pero existen casos en los que sí lo están. Pensemos, por ejemplo, en obligaciones de transparencia tan arraigadas como las que tienen las sociedades mercantiles de depositar sus cuentas en un registro público, como es el Registro Mercantil, en vista de la “extraordinaria importancia de la actividad que desarrollan los empresarios individuales y las sociedades mercantiles en el ámbito general de la actividad económica<sup>133</sup>”. En efecto, para el buen funcionamiento del mercado, se considera necesario someter a las sociedades a ciertas obligaciones de transparencia.

Por otro lado, las recientes leyes de transparencia incluyen, dentro del ámbito de sujetos obligados, a entidades privadas como pueden ser las organizaciones patronales, los sindicatos o los partidos políticos<sup>134</sup>. En este sentido, la legislación cada vez presta menos atención a la forma jurídica que reviste una entidad, o a si pertenece estrictamente o no al sector público desde un punto de vista económico o de contratación pública, y atiende a criterios no formalistas para exigir deberes de transparencia.

En consecuencia, la línea entre derecho público y privado tampoco es nítida si nos fijamos en el criterio que ha seguido el legislador a la hora de establecer obligaciones de transparencia y rendición de cuentas. Por lo tanto, por esta vía, no se puede argumentar que la viabilidad del arbitraje del sector público debe quedar excluida de entrada.

#### h) Delimitación jurisdiccional

Hay quien define el derecho administrativo como el sector jurídico que aplican los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este argumento, que se utiliza bastante a menudo, entraña una clara petición de principio. Si la jurisdicción contencioso-administrativa se ha creado para conocer de los casos de derecho administrativo, no se puede decir que el ámbito del derecho administrativo se configura a partir del ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> Cane, *Administrative Law*, 5.

<sup>133</sup> Ángel Rojo Fernández-Río, «El Registro Mercantil (I). Organización y funcionamiento», en *Lecciones de derecho mercantil*, 16.ª ed., vol. I (Cizur Meno: Civitas Thomson Reuters, 2018), 145.

<sup>134</sup> Artículo 3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>135</sup> En su momento, Santamaría Pastor hizo referencia a la “vieja creencia de que, en la génesis histórica de las instituciones, la jurisdicción precede al Derecho y no a la inversa, de tal manera que la creación de un órgano judicial *ad hoc* puede tomarse válidamente como la partida de nacimiento de un orden jurídico autónomo”, Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)* (Madrid: Iustel, 2006), 40. Dado que esta afirmación se contiene en una obra publicada en su juventud y que, en la

## i) Conclusiones

Una vez hemos repasado diversos criterios tradicionales de distinción entre derecho público y privado, se impone la conclusión de que todos ellos se fijan en algún elemento que, si bien puede resultar explicativo en algunos aspectos, nunca se ajusta totalmente a la realidad actual de nuestro sistema, porque al final siempre se puede cuestionar por una u otra razón. Todo lo expuesto hasta ahora demuestra que existe una gran interrelación entre “sectores” del ordenamiento, que a menudo se presentan como compartimientos estancos pero que, en realidad, aparecen imbricados<sup>136</sup>.

Como hemos visto a lo largo de este capítulo, la muralla basada en la *summa divisio* que, según algunas posiciones, impedía el acceso del arbitraje al sector público, está hecha de materiales poco sólidos y en ella se han abierto multitud de brechas. Sin embargo, lo cierto es que, para la mayoría, sigue en pie, y es utilizada con diversas finalidades, como la organizativa, la académica, etc. Entonces, ¿cuál es el escenario que se le presenta al “extraño invitado” arbitraje? En mi opinión, la respuesta pasa por entender que las distinciones que puedan trazarse entre derecho público, o administrativo, y derecho privado, no permiten impedir, de entrada, el acceso del arbitraje a los dominios del sector público. Si existe algún obstáculo para el extraño invitado, lo encontrará más adelante, una vez haya cruzado esta antigua muralla.

---

reedición citada, el autor señala que deliberadamente no ha querido modificar el texto, parece razonable deducir que en la actualidad el autor ya no comparte la visión de que la “jurisdicción procede al Derecho”. Como he reflejado más arriba, recientemente este autor se ha mostrado muy escéptico a la hora de encontrar un criterio delimitador del concepto de derecho administrativo, Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, I:35.

<sup>136</sup> García de Enterría y Fernández señalan, en este sentido, que a pesar de que existan distinciones entre instituciones administrativas y civiles (como las dicotomías contrato civil/contrato administrativo, responsabilidad civil/responsabilidad administrativa, propiedad privada/dominio público), “ello no significa, ni mucho menos, que unas y otras se encuentren en radical oposición”. De este modo, critican, no puede separarse “dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de las de otros Derechos”, “como si unos y otros no tuvieran nada en común y hubieran de regirse por normas o principios absolutamente diferentes, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:83-84.



### III. LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA Y EL ARBITRAJE

A pesar de que no se pueden apreciar diferencias ontológicas, de carácter absoluto, entre el ámbito del derecho público y el privado, alguien podría argumentar que, en realidad, la distinción relevante a efectos del arbitraje tiene que ver con las técnicas de “autotutela administrativa”. Esta tesis destacaría que, en los conflictos “puramente” privados, el tribunal arbitral decide sobre la aplicación del derecho en primera -y última- instancia. En cambio, en la mayoría de controversias del sector público, el tribunal arbitral no se enfrenta a un conflicto “virgen” desde el punto de vista jurídico, sino que actúa una vez la Administración ha ejercido sus prerrogativas de “autotutela”, y, en la mayoría de casos, ha dictado una resolución de carácter ejecutivo, fundada en derecho, que goza de presunción de validez.

Así pues, mientras que el arbitraje privado clásico se enmarca en un contexto en el que el laudo arbitral será, en principio, la primera y única resolución que determinará cuál es la solución jurídica a la controversia, el arbitraje público se enfrentará, en la mayoría de los casos, a una decisión administrativa previa, que, si bien no constituirá el único elemento a tener en cuenta, tendrá una gran relevancia en el procedimiento arbitral. De este modo, el conflicto revestirá un carácter “impugnatorio”.

Pues bien, esta diferencia es innegable, pero no implica que el arbitraje público deba descartarse de entrada. Como explicaré a continuación, la institución de la autotutela administrativa está tan profundamente arraigada en nuestra cultura jurídica que a menudo se da por supuesta. En este sentido, la tradición se erige como una de las principales explicaciones de su vigencia (epígrafe 1). Desde este punto de vista, algunos autores han llegado a hablar de un “abuso” de las técnicas de autotutela, en supuestos en los que no tendría justificación, como veremos en el segundo epígrafe.

A pesar de estas críticas, creo que, más allá de la tradición, pueden hallarse varias razones que explican la institución de la autotutela. Esencialmente, se trata de motivos relacionados con la eficiencia, la legitimidad “técnica” y la legitimidad democrática que ofrecen los mecanismos de carácter administrativo frente al sistema judicial (epígrafe 3). Lo relevante, en todo caso, es que ninguna de estas razones impide, de entrada, la utilización del arbitraje.

#### **1. El reconocimiento del peso de la tradición como punto de partida crítico.**

La atribución de potestades a la Administración en un determinado ámbito se explica, sobre todo, por la tradición histórica de nuestra cultura jurídica. García de Enterría y Fernández, a la vez que entienden las técnicas de autotutela como instrumentos de “gestión eficaz de los servicios públicos”, recuerdan que otros ordenamientos han arbitrado mecanismos distintos

y no por ello puede afirmarse que sus administraciones sean menos eficaces<sup>137</sup>. Sin embargo, reconocen que la autotutela administrativa pertenece al acervo jurídico-cultural de la familia europea continental, en el que la autotutela es “consustancial desde el Antiguo Régimen” y que “al hilo de la misma se ha configurado un cuadro estructural de instituciones que no parece admitir ya una rectificación fácil<sup>138</sup>”.

Frente a estas consideraciones, puede señalarse que el sistema jurídico administrativo de los ordenamientos de la familia del *common law* ha evolucionado y se ha aproximado a la tradición continental, existiendo en muchas ocasiones equivalentes funcionales a los mecanismos que aquí se agrupan bajo la llamada autotutela administrativa<sup>139</sup>. Este matiz, sin embargo, no debilita el acierto de García de Enterría y Fernández al subrayar el peso de la tradición, de la historia, a la hora de interpretar la autotutela administrativa. Desafortunadamente, la legitimidad o conveniencia de muchas instituciones o mecanismos a menudo se da por hecha, cuando, bajo una perspectiva más crítica, seguramente se identificarían nuevos elementos para el debate.

En mi opinión, resulta útil comparar el proceso de evolución del derecho administrativo en los países de tradición continental con el que se ha experimentado en Estados Unidos. En los primeros, el proceso ha consistido en cierto modo en una “domesticación” de un poder administrativo preexistente, proveniente del Antiguo Régimen, mientras que en Estados Unidos se puede decir, simplificando, que la Administración ha sido creada *ex novo*.

Un factor diferencial entre los sistemas europeos continentales y el sistema estadounidense es que en muchos países europeos la Constitución refleja la existencia previa de un ente, la Administración. Sin ir más lejos, el concepto de “Administración” ya aparece en los artículos 171 o 227 de la Constitución de Cádiz, igual que en la Constitución vigente, que da por supuesto que existe un ente identificable como “Administración”, al aparecer junto al Gobierno en la rúbrica del Título IV<sup>140</sup>. La Constitución no nombra casi ninguna competencia que necesariamente deba recaer en la Administración, de forma que serán las leyes las que le atribuyan cada función. Las leyes urbanísticas, ambientales, tributarias,

---

<sup>137</sup> Para conocer mejor cómo García de Enterría recibió las ideas del Derecho administrativo norteamericano, «Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano. (A propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)», *Revista de Administración Pública*, n.º 85 (1978): 241-59.

<sup>138</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:568.

<sup>139</sup> Este proceso de aproximación también puede apreciarse en la tradición continental, que se ha acercado a la anglosajona en cuestiones como un mayor reconocimiento de la importancia de la jurisprudencia.

<sup>140</sup> García de Enterría y Fernández ven la cuestión de forma distinta, pues afirman que la Administración del Estado, como persona jurídica, “es una personalidad jurídica originaria, no derivada, quiere decirse, no creada por ningún otro sujeto, ni dependiente de cualquier otro (...). Este carácter originario no quiere decir que la Administración haya surgido de la nada, o que participe del atributo divino de no ser creada, sino, mucho más simplemente, que surge jurídicamente de la Constitución (expresamente –art. 103, en nuestro caso- o tácitamente) como acto fundacional del ordenamiento”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:411.

otorgarán facultades a la Administración, pero esta es una institución que preexiste a dichas leyes, a la espera de que el legislador le atribuya poderes.

Pero vayamos más atrás en el tiempo. Resulta interesante comprobar que la Administración española surgida del advenimiento del Estado liberal tenía un ámbito de actuación material muy similar a la del Antiguo Régimen. Santiago Muñoz Machado compara dos documentos básicos en la historia de la Administración española: por un lado, la Instrucción de Intendentes de 1749 y, por otro, el famoso Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 para el establecimiento de Subdelegaciones de Fomento en las Provincias e Instrucción para gobierno de los subdelegados, impulsado por Javier de Burgos<sup>141</sup>. De la comparación extrae la conclusión de que, “de los 24 asuntos a que se refiere en total, como cometidos principales de los intendentes la primera Instrucción citada, 18 reaparecen en la segunda<sup>142</sup>”.

Santiago Muñoz Machado indica, en este sentido, que la Revolución francesa supuso efectivamente un “vuelco fundamental en las instituciones del Antiguo Régimen”, puesto que la estructura jurídica del sistema institucional se modifica notablemente, con la implantación de la separación de poderes y el establecimiento de “habilitaciones constitucionales distintas”. Sin embargo, “la actividad material de la Administración, lo que hace para promover la felicidad y el bienestar de los súbditos, en el marco de la nueva ideología del fomento, si acaso se intensifica, pero recae prácticamente sobre los mismos asuntos que la habían ocupado durante el último período de la Ilustración<sup>143</sup>”. Así pues, el Derecho administrativo español nacido en el siglo XIX, igual que el de otros países de la Europa continental, no deja de ser la respuesta a una realidad institucional en gran parte preexistente pero bajo una nueva forma de concebir el poder público.

En cambio, en Estados Unidos, el proceso de independencia de la Corona británica comportó que las únicas administraciones preexistentes fueran los órganos de la administración colonial presentes en cada Estado. La Administración federal se tuvo que crear desde cero. En este marco, las denominadas “*administrative agencies*” nacen como “criaturas” del legislador federal, para responder a ciertas necesidades. Y en este sentido debe entenderse, por ejemplo, la creación por parte del Congreso federal de la *Interstate Commerce Commission* en 1887, que convencionalmente se ha fijado como el inicio del derecho administrativo estadounidense<sup>144</sup>. El Congreso aprobó la ley de fundación de esta agencia para hacer frente, entre otras finalidades, a la necesidad de regular las tarifas ferroviarias.

---

<sup>141</sup> Se puede consultar una versión digitalizada de este documento en [https://books.google.es/books?vid=BNC:1001959459&printsec=frontcover&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.es/books?vid=BNC:1001959459&printsec=frontcover&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false).

<sup>142</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo I. Historia de las instituciones jurídicas-administrativas-1*, 4.ª ed. (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 41-42.

<sup>143</sup> *Ibid.*, 42.

<sup>144</sup> Sin embargo, Jerry L. Mashaw ha puesto en cuestión esta convención y ha destacado que, desde los primeros años de su historia, Estados Unidos contó, en el ámbito federal, con entidades de carácter administrativo, no

Las *agencias* tuvieron que resistir distintos embates judiciales antes de su consolidación, dado que la Constitución no las preveía explícitamente. Es cierto que la Constitución de Estados Unidos (Artículo II.1) prevé la existencia del poder ejecutivo, que atribuye al Presidente, pero, dejando de lado esta previsión y la mención de algunos departamentos (ministerios) como el del Tesoro, no contiene ninguna referencia a un concepto más o menos similar al de Administración Pública, al que sí aluden, como hemos dicho, los artículos 171 o 227 de la Constitución de Cádiz, que parten de la premisa de su existencia.

En el debate que afrontaron las *agencias* norteamericanas –y que, todavía hoy, en parte, afrontan<sup>145</sup>– se cuestionó que instituciones no contempladas en la norma constitucional desarrollaran funciones de creación de normas (*rule-making*), con supuesta invasión de la esfera reservada al poder legislativo, y de *adjudication* (resolución de casos o controversias concretos), con supuesta invasión de la esfera del poder judicial. De ahí la teoría de que las distintas *agencias* que conforman la Administración federal norteamericana, ejercen sus funciones gracias a la delegación conferida por el Congreso (*delegated powers*).

De hecho, se llega a hablar de las *agencias* como “criaturas de la ley”, es decir, resultado de una decisión del poder legislativo, que ha identificado una necesidad pública y ha considerado que un esquema institucional de carácter administrativo servirá para satisfacerla. Además, los padres de esta “criatura”, que son los parlamentarios, entablan una relación de control con la misma que seguramente sorprendería en España tanto a diputados y senadores españoles como a funcionarios y altos cargos de la Administración<sup>146</sup>. En efecto, tal y como pone de relieve este autor, incluso una *agency* acabada de crear debe pensar en las continuas relaciones con los comités parlamentarios responsables de su presupuesto, supervisión y autorización<sup>147</sup>. Se habla, en definitiva, de una interacción continua entre las distintas agencias administrativas y los órganos parlamentarios.

---

previstas explícitamente en la Constitución, pero que se inscriben legítimamente en el sistema institucional que esta establece, Jerry L. Mashaw, *Creating the Administrative Constitution: the Lost One Hundred Years of American Administrative Law* (New Haven: Yale University Press, 2012).

<sup>145</sup> Philip Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?* (University of Chicago Press, 2014). La tesis contenida en esta obra, que cuestiona el sistema administrativo estadounidense, es rotundamente rebatida, entre otros, por Peter Strauss, que formula una respuesta negativa a la pregunta de Hamburger, “*alongside an insistence instead on the necessary constraining effect of law on the realm of politics. In the modern age no government can or does exist without executive administration supplementing ordinary legislation and judicial activity. Ways must be found to constrain the executive within law; but returning to sixteenth century simplicity of institutions (which in actuality were not so simple) is not an option*”, Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 9. También se puede encontrar una respuesta razonada en negativo en Adrian Vemeule, «“No” Review of Philip Hamburger, “Is Administrative Law Unlawful?”», *Texas Law Review* 93 (2015): 1547.

<sup>146</sup> “*Since agencies are creatures of statutes, are constrained to act with legality, and operate under the continuous oversight of their creator, the Congress, they must attend statutory meaning in everything they do*”, Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 473.

<sup>147</sup> *Ibid.*, 489.

En contraste con este esquema, la historia del derecho administrativo europeo continental es en gran parte la historia de una “domesticación<sup>148</sup>” de un poder ilimitado que, para muchos, era visto en cierto modo como descontrolado, y que hubo que encauzar para que se sometiera al imperio de la ley. El título escogido por García de Enterría para exponer su obra clásica sobre el control judicial de la Administración es especialmente gráfico en este sentido: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*<sup>149</sup>. La idea es que hay un poder preexistente y se intenta controlar, se intenta ampliar cada vez más la esfera de control externo basado en el derecho. En cambio, en Estados Unidos existe un vacío funcional considerable y se crean unas nuevas instituciones, desconocidas hasta entonces al menos en cuanto al alcance de su actuación. Y deben pasar un tortuoso periplo hasta que ven jurídicamente consolidada su posición. En cierto modo, es el camino al revés.

Pues bien, la adscripción de España al modelo de sistema administrativo de tradición continental tiene múltiples consecuencias para el estudio del arbitraje público. La más importante es que, con alguna excepción, la doctrina y la jurisprudencia han sido tradicionalmente poco críticas o suspicaces en relación con el papel que desempeña la Administración dentro del sistema y, más concretamente, en el papel que tiene la figura de la autotutela administrativa. El hecho de que la Constitución parta de la premisa de que existe algo llamado “Administración” seguramente ayuda a que no se ahonde demasiado en el porqué último de su existencia y, por extensión, en la cuestión de si la presencia de la autotutela es la que define los litigios de derecho administrativo.

En definitiva, para estudiar la posibilidad de implantar el arbitraje en el sector público, resulta imprescindible analizar la función de la Administración en nuestro sistema y, concretamente, las técnicas de autotutela que se le atribuyen. Para realizar este examen, hay que tener presente la dinámica histórica en la que ha visto la luz nuestro derecho administrativo, y, por lo tanto, tener en cuenta el peso de la tradición. En este sentido, el ejemplo del sistema administrativo de Estados Unidos nos recuerda que las cosas podrían funcionar de otra manera. Aunque en este sistema se utilizan igualmente mecanismos de carácter administrativo, esta opción nunca se da por supuesta. Con esta perspectiva en mente, podemos abordar ya la crítica que se ha realizado en España al abuso de la autotutela administrativa, y posteriormente tratar las razones que hoy en día pueden explicar la intervención de la Administración en un determinado ámbito y, más concretamente, la utilización de mecanismos de autotutela.

## 2. Crítica al abuso de la autotutela administrativa

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández se apartan de la línea que da por sentada la legitimidad del uso de las técnicas de autotutela administrativa en todos los casos. Como hemos visto antes, estos autores adoptan un punto de vista más crítico al destacar el

---

<sup>148</sup> Debo al Dr. Pau Bossacoma la utilización del término “domesticación” como expresión del proceso de encauzar un fenómeno político por vías jurídicas.

<sup>149</sup> Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3.<sup>a</sup> ed. (Madrid: Civitas, 1989).

peso de la tradición en la institución de la autotutela. Sin embargo, no se quedan aquí, sino que llegan a afirmar que existe un abuso de estas técnicas. Este instrumento, argumentan, solo debería ser utilizado en supuestos en los que se castiga el “incumplimiento de obligaciones especiales respecto a la Administración (incumplimiento del concesionario, del funcionario, etc. (...) de aplicación limitada al ámbito de las relaciones de supremacía especial”.

Como ejemplos de situaciones en las que el uso de la autotutela resulta abusivo, se refieren a los “conflictos *inter privados*” o a las “infracciones cometidas contra el ordenamiento en general, en el ámbito de las relaciones de supremacía general (por ejemplo, infracciones en materia de seguridad ciudadana, de mercado, etcétera)”. Para estos autores, la aplicación de la autotutela a estos supuestos está “fuera de lugar”, dado que las sanciones no se aplican para “tutelar” una “situación jurídica de la Administración, sino el orden social en su conjunto (es, pues, una heterotutela y no una autotutela<sup>150</sup>”.

Según estos autores, en los casos de conflictos *inter privados* en los que la Administración ejerce la que denominan, impropriamente, “actividad arbitral”, el juez civil estaría siendo sustituido indebidamente por la Administración. Por otro lado, se sustituye indebidamente al juez penal en el caso de sanciones administrativas por infracción de normas del ordenamiento general, como las de circulación de vehículos (en contraposición a la supremacía especial que impera en las relaciones entre Administración y concesionario). Concluyen, finalmente, que “es al juez, en efecto, al que pertenece en exclusiva la heterotutela de que en realidad tanta veces se trata”<sup>151</sup>.

En otro lugar, los mismos autores ponen como ejemplo de intervención abusiva de la Administración en una relación *inter privados* la posibilidad (ahora reconocida con carácter general en el artículo 28.1 LRJSP), de que esta imponga una reparación en favor de terceros dañados por la conducta objeto de una sanción administrativa<sup>152</sup>. En la legislación en materia

---

<sup>150</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:569. En una línea muy similar, T. Cano Campos afirma: “De la CE se infiere que no se puede prescindir por completo del Derecho penal, pero no impide que el legislador prescinda por completo del Derecho administrativo sancionador en determinados sectores o incluso con carácter general, salvo en el ámbito doméstico de la Administración. No creo que pueda inferirse de la CE una prohibición de castigar penalmente conductas demasiado leves porque ello resultaría contrario al principio de proporcionalidad. Este principio determinará el “quantum” de castigo a imponer en función de la gravedad del comportamiento, pero no si lo debe aplicar el Juez o la Administración. No me parece contrario a dicho principio, ni a la CE, por mucho que ello vaya frontalmente contra la tendencia actual, que mañana todas las sanciones de determinados sectores del ordenamiento jurídico fueran impuestas sólo por los jueces, con el límite del ámbito disciplinario o doméstico de la Administración”, «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, ed. Bosch (Barcelona, 2017), 224; citado en Manuel Rodríguez Portugués, «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, n.º 208 (2019): 171.

<sup>151</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:569-70.

<sup>152</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:227.

de costas o aguas, esta posibilidad hace tiempo que está reconocida<sup>153</sup>. Lo importante es que, para estos autores, el reconocimiento genérico del artículo 28.1 LRSJP no es suficiente para admitir que una norma de rango reglamentario atribuya la potestad de imponer reparaciones de daños junto con la sanción. Bajo su punto de vista, es necesario contar con “expreso respaldo de Ley”, dado que “las normas puramente reglamentarias no tienen fuerza para derivar la competencia judicial en una competencia administrativa”. Detrás de esta conclusión está la consideración de que “se trata de una cuestión *inter privados*, expresión característica de un litigio civil, en el cual las facultades decisorias de la Administración están fuera de lugar<sup>154</sup>”.

García de Enterría y Fernández critican que “la facilidad de una actuación jurídica como la que permite la autotutela administrativa constituye una tentación permanente para aplicarla fuera de los supuestos específicos de gestión de los servicios públicos, como un medio de eludir los procedimientos más complejos de la tutela judicial, que debe seguir siendo la regla de la vida civil<sup>155</sup>”. Cabe preguntarse si, bajo la categoría de “gestión de servicios públicos”, se incluirían ámbitos como las sanciones administrativas en el ámbito de la protección de la legalidad urbanística. Imaginemos, por ejemplo, que la infracción urbanística no se comete en suelo público (una calle, un parque, un monte público), sino en un terreno privado (construcción de una segunda planta ilegal que proyecta una sombra que impide que la luz del sol llegue al jardín vecino). En este supuesto, ¿la aplicación del derecho administrativo sancionador también sería considerada abusiva?

De acuerdo con la tesis de Manuel Rodríguez Portugués<sup>156</sup>, que se inspira en la línea abierta por Enterría y Fernández<sup>157</sup>, la respuesta a la anterior pregunta sería probablemente afirmativa. En este caso, la infracción administrativa afectaría a un ciudadano en concreto (al vecino, por ejemplo), y no la colectividad, por lo que la previsión de una infracción administrativa resultaría inconstitucional, al invadir la reserva de jurisdicción. Se trataría de un supuesto similar al ejemplo que menciona el autor, que es el de la de las infracciones leves

---

<sup>153</sup> Ibid., II:226-27.

<sup>154</sup> Ibid., II:227.

<sup>155</sup> Y advierten este hecho tanto para “impulsar en lo posible a su rectificación como para que la aplicación de las normas que han extravasado el ámbito propio de la autotutela administrativa se haga con criterios restrictivos, por tratarse de excepciones a una regla común, o de verdaderos privilegios odiosos”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:568-69.

<sup>156</sup> Rodríguez Portugués, «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», 171-72.

<sup>157</sup> El autor previamente cita la crítica al abuso de la autotutela de García de Enterría y Fernández, Ibid., 165-68.

que prevé la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana en materia de usurpación de patrimonio inmobiliario (art. 37.7)<sup>158</sup>.

El autor aclara que el mero interés general de sancionar el incumplimiento de las normas jurídicas no es suficiente: “para la atribución de *ius puniendi* a la Administración más allá de su ámbito doméstico no basta con la transgresión objetiva del ordenamiento jurídico y que la respuesta a dicha transgresión revista la naturaleza de castigo: esa transgresión tiene que afectar, además, a los intereses generales que concretamente tenga encomendados, en el sector de que se trate, la Administración<sup>159</sup>”.

A continuación, siguiendo el conflicto imaginario entre vecinos que citaba, sugiero algunos nuevos ejemplos, con sus contraejemplos, de situaciones en las que, bajo la perspectiva de estos autores, se aplicaría indebidamente la autotutela, dado que en realidad se trataría de una heterotutela.

#### Derecho urbanístico, de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente

a. Autotutela abusiva (Heterotutela resuelta con autotutela administrativa):

Un Ayuntamiento impone una sanción y dicta una orden de derribo contra un propietario que ha construido una segunda planta en su vivienda cuando la normativa no le permite hacerlo, por superar la altura máxima. El procedimiento se ha iniciado por la denuncia del vecino del infractor, que ha visto como la construcción ilegal ha comportado que el huerto que tiene en su jardín se quede sin luz solar<sup>160</sup>.

b. Autotutela “no abusiva”:

La Administración autonómica impone una sanción y dicta una orden de cierre de un camping, por operar sin autorización en un espacio natural protegido, en el que nunca se habría podido autorizar, por el alto riesgo de incendios forestales y la escasez de recursos hídricos. El procedimiento se ha iniciado con una inspección de la Administración.

#### Derecho de aguas

a. Autotutela abusiva (Heterotutela resuelta con autotutela administrativa):

---

<sup>158</sup> Ejemplo que extrae de Rafael Pizarro Nevado, «De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», n.º 49 (2018): 27-31.

<sup>159</sup> Rodríguez Portugués, «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», 172-73.

<sup>160</sup> Este último caso se incluiría en la categoría de relaciones de “Derecho de vecindad”, una de las categorías que utiliza Francisco Velasco Caballero como ejemplo para comprobar que su hipótesis no es “contradicha por el propio Derecho que pretende explicar”, Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado*, 127-38.

El organismo de cuenca impone una sanción a un campo de golf por el aprovechamiento del caudal de un río sin la correspondiente concesión administrativa. El procedimiento se ha iniciado por la denuncia de diversos agricultores y ganaderos de los alrededores, que han visto como se ha reducido drásticamente el agua disponible en los pozos que utilizan para sus actividades agropecuarias.

b. Autotutela “no abusiva”:

El organismo de cuenca impone una sanción a la industria que ha realizado un vertido de sustancias tóxicas a un río cuyo caudal no tiene ningún otro aprovechamiento privado. El procedimiento se ha iniciado por la denuncia de una organización ecologista.

Como puede verse, en los supuestos que, siguiendo la tesis de García de Enterría y Fernández, se podrían catalogar como de autotutela “abusiva”, los denunciantes no tienen otra opción que acudir a la Administración para que inicie el correspondiente procedimiento. El interés que los mueve no es la protección de la legalidad urbanística en abstracto, en el primer caso, o la protección del dominio público hidráulico, en el segundo, sino que defienden un interés particular, que la actuación que denuncian ha vulnerado. A pesar de ello, no disponen de elección entre promover la resolución administrativa de la controversia o interponer una demanda ante el juez civil, sino que deben recurrir necesariamente a la Administración. Además, en caso de que la Administración archive la denuncia o no imponga la sanción que ellos consideran adecuada, solo podrán acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa si logran acreditar un interés legítimo que sea suficiente de acuerdo con la –a menudo restrictiva– jurisprudencia contencioso-administrativa sobre este concepto.

En este contexto, alguien podría vincular la posibilidad de utilizar el arbitraje en el ámbito jurídico-administrativo con el carácter abusivo o legítimo de la autotutela administrativa, es decir, diferenciando entre supuestos en los que la Administración ejerce una *heterotutela*, en los que el arbitraje resultaría admisible, y supuestos en los que la autotutela es legítima, por tratarse de la gestión de servicios públicos o de intereses auténticamente colectivos, y en los que, por lo tanto, el arbitraje no podría ser utilizado. En los casos de autotutela abusiva, la utilización del arbitraje no debería reputarse como extraña, puesto que, en el fondo, si la Administración se retirara, el conflicto sería competencia de la jurisdicción civil y, en este supuesto, la puerta quedaría abierta, en principio, para el arbitraje.

En mi opinión, esta perspectiva no resulta adecuada, puesto que se basaría en diferencias que, en el mejor de los casos, son de grado (una afectación más o menos intensa a lo que convencionalmente se considera de interés colectivo). Además, como hemos visto en el segundo capítulo, la distinción entre interés público y privado es muy poco nítida. Por otro lado, creo que restringir las técnicas de autotutela a la protección de la “situación jurídica de la Administración” no está justificado, dado que en muchas ocasiones, como explicaré en el siguiente epígrafe, la intervención de la Administración en relaciones *inter privatos* o en

relaciones de “supremacía general” puede explicarse por razones de eficiencia, legitimidad técnica o legitimidad democrática. Así pues, bajo este punto de vista, incluso en los supuestos en que la Administración, más que una autotutela, ejerce una *heterotutela*, el uso de estas prerrogativas puede tener justificación, y esta justificación no tiene por qué ser incompatible con la utilización del arbitraje.

En cualquier caso, al margen de compartir o no la opinión de estos autores<sup>161</sup>, creo que el punto de partida en el que se basan es correcto: la intervención del poder administrativo con las técnicas de autotutela en un determinado ámbito nunca debe darse por supuesta. En efecto, es posible que la única razón detrás de un determinado uso de la autotutela sea el peso de la tradición. De este modo, la perspectiva crítica que adoptan resulta de gran interés para la cuestión que nos ocupa: la admisibilidad del arbitraje. La autotutela no es una institución “intocable” y que existe por definición, sino que responde a diferentes necesidades. Bajo este punto de vista, el enfoque del derecho administrativo estadounidense me parece muy interesante, puesto que en este sistema tiene lugar un debate legislativo previo acerca de la conveniencia o no de crear una nueva *agency* (o de atribuir nuevas competencias a una existente) para que haga cumplir una determinada ley o legislación con mecanismos de autotutela, en contraposición con (o en complemento de) los mecanismos judiciales habituales.

En definitiva, que un determinado conflicto o situación se articule en primer lugar a través de los mecanismos de autotutela administrativa no debe ser visto como un postulado incuestionable. Además, como veremos a continuación, la presencia de estas técnicas en la resolución de un conflicto no impiden, por sí mismas, la utilización del arbitraje.

### **3. Razones explicativas de la atribución de potestades a la Administración con técnicas de autotutela**

Antes de pasar a examinar las distintas razones que explican la intervención de la Administración, habitualmente con técnicas de autotutela, en un determinado ámbito, conviene observar que la exigencia de que haya una intervención decisoria previa de la Administración, antes de que se pueda pronunciar la justicia, es totalmente relativa. En

---

<sup>161</sup> Debo decir que la concepción del Derecho penal que expone Rodríguez Portugués me parece que no es fiel a la realidad. Sostiene que el Derecho penal solo se ocupa de “ofensas” entre particulares y no se están protegiendo intereses colectivos. Precisamente la figura del Ministerio fiscal se basa en la idea de que un delito no solo es una ofensa a la víctima particular, sino a toda la sociedad. En este sentido, por ejemplo, se pronuncian García de Enterría y Fernández cuando se refieren a la posibilidad de excepcionar el principio *non bis in idem* en las sanciones disciplinarias a un colegiado que ha cometido un delito. En estos casos, la conducta “afecta, sin duda, al orden general y la reacción penal estará justificada; pero también revela la presencia en el seno de la corporación o de la organización de agentes contra los que puede estar justificada una actuación disciplinaria que tutele o depure el propio aparato” (con cita de la jurisprudencia constitucional), *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:212-13.

Por otro lado, la tesis de Rodríguez Portugués parece desconocer la justificación de la pena basada en la prevención general (evitar que otras personas cometan ese delito), que se añade a otras como la retribución o la prevención individual (evitar que el delincuente reincida).

efecto, que una controversia se resuelva en primera instancia por la Administración o por la jurisdicción es una decisión de política legislativa<sup>162</sup>.

En este sentido, Ignacio Díez-Picazo señala que “[l]o que es variable para el legislador es el ámbito de dicha actuación administrativa. Ello es importante, porque el hecho de que múltiples ámbitos de la vida social puedan estar hoy y dejar de estar sometidos mañana (y viceversa) a potestades administrativas exorbitantes, en función de opciones políticas acerca del grado de intervención administrativa, implica que el tipo de tutela jurisdiccional sobre dichos ámbitos de la vida social es también variable<sup>163</sup>”.

En esta misma línea, García de Enterría y Fernández recuerdan que, “en ocasiones, la aplicación de uno u otro régimen varía con el transcurso del tiempo”, y como ejemplos de este fenómeno se refieren a las minas o las aguas subterráneas, que “fueron consideradas durante mucho tiempo como propiedad privada, mientras que ahora son de dominio público<sup>164</sup>”. Asimismo, estos autores recuerdan que el privilegio de la autotutela “actúa en el plano formal del ejercicio de los derechos sin alterar por ello el fondo del derecho material aplicable<sup>165</sup>”.

Francisco Velasco Caballero ha presentado una propuesta innovadora para reinterpretar la *summa divisio* entre derecho público y privado: se trata de entender esta distinción como un “instrumento de análisis o disección de cada uno de los sectores normativos”, que sirve para “identificar en qué medida, en cada sector jurídico, los parámetros de conducta que definen las normas se apoyan, para su efectivo cumplimiento, en el poder judicial o en la Administración pública<sup>166</sup>”. Según la propuesta de este autor, que parte de un concepto similar al de *enforcement* del derecho de Estados Unidos, el foco se sitúa sobre lo que él llama “organizaciones de cumplimiento”: si la organización encargada de hacer cumplir una norma es la Administración, se estará ante una norma de derecho público, si la organización a la que se encomienda esta misión es el poder judicial, se estará ante una norma de derecho privado. Al margen de la atractiva capacidad explicativa que tiene esta reinterpretación de la *summa divisio*, para el análisis del arbitraje público resulta de sumo interés la exposición que ofrece este autor para explicar las “razones para la elección de una organización de cumplimiento”.

---

<sup>162</sup> Esta es, sustancialmente, la tesis sobre las “organizaciones de cumplimiento” que defiende Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado*.

<sup>163</sup> Ignacio Díez-Picazo Giménez, «Artículo 117», en *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario* (Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer, 2008), 1831.

<sup>164</sup> Según estos autores, en el caso de las minas, este cambio se explicaría no por el hecho de que revistan las características propias del dominio público “auténtico” (afectación a una utilidad pública, como una carretera), sino por la consideración de que, por un lado, estos bienes estarán mejor protegidos con la aplicación del régimen jurídico administrativo del dominio público, y por el otro, que este régimen permitirá la distribución pública por medio de concesiones, “más útil socialmente que la que resultaría del libre comercio de las cosas privadas”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:83.

<sup>165</sup> *Ibid.*, I:734.

<sup>166</sup> Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado*, 17.

Entre los motivos que expone el Velasco Caballero se encuentran la eficacia o la flexibilidad, lo que demuestra que la opción legislativa por una u otra organización de cumplimiento se basa en criterios pragmáticos, y no en una distinción ontológica entre interés público y privado<sup>167</sup>.

Teniendo en cuenta esta relatividad, cuando el legislador opta por atribuir a la Administración potestades en un ámbito concreto para que se encargue de hacer cumplir una determinada normativa con técnicas de autotutela -en lugar de confiar solo en los jueces, como ocurre generalmente en el derecho civil-, implícitamente se basa en los siguientes motivos:

#### a) Eficiencia

En primer lugar, la intervención de la Administración con prerrogativas de autotutela puede explicarse por razones de eficiencia. En efecto, los mecanismos de carácter administrativo permiten atender de forma más eficiente grandes volúmenes de solicitudes o conflictos de forma rápida y con menor coste<sup>168</sup>.

Ejemplos del primer supuesto serían los procedimientos de autorización de actividades (industrias, establecimientos de hostelería, actividades recreativas...), de obras (licencias urbanísticas de construcción, derribo, rehabilitación...)<sup>169</sup>, o de expedición de permisos a particulares (conducción, tenencia de armas...), así como la concesión de ayudas sociales, entre muchos más.

Por otro lado, muchos conflictos derivados de infracciones del ordenamiento jurídico presentan también un carácter masivo. Así, por ejemplo, puede considerarse que los procedimientos administrativos facilitarán la gestión del castigo a infracciones de la normativa de tráfico, de urbanismo o de medio ambiente, entre otros. En efecto, estas técnicas permiten tramitar rápidamente un gran número de denuncias, tanto si provienen de la policía o de los propios servicios de inspección de la Administración como de otros particulares.

También desde el punto de vista de la tutela efectiva de determinados intereses colectivos, como la protección frente a la contaminación, la aplicación del derecho a través de procedimientos administrativos resulta preferible frente a su aplicación judicial, a raíz de demandas entre privados. Esto es lo que sucede en el caso de la contaminación del aire o del agua: a veces los daños individuales pueden ser demasiado bajos como para asumir el coste de la interposición de una demanda individual de inmisiónes. En cambio, una Administración que no solo pueda actuar una vez se ha cometido el daño, sino que, además, pueda llevar a

---

<sup>167</sup> Ibid., 109-20.

<sup>168</sup> "The specialized bureaucratic character of agencies enables them to perform tasks for which courts are ill-suited: for example, (...) to process large numbers of claims speedily at low cost", Breyer y Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 7.

<sup>169</sup> En un sentido similar, Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado*, 111-14.

cabo acciones de prevención y de inspección, puede ser mucho más eficiente en la consecución de ciertos intereses, como la lucha contra la contaminación<sup>170</sup>.

El empleo de mecanismos de autotutela en el ámbito de la contratación administrativa también se ha explicado por razones de eficiencia. García de Enterría y Fernández consideran que ahora “la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los «servicios públicos», cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso”. Finalmente, concluyen que el “tráfico en masa” “es el que *a fortiori* da más relieve a estas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica<sup>171</sup>”.

El ejemplo del derecho administrativo estadounidense también puede resultar de interés. En este sistema, el derecho del mercado de valores (“*securities regulation*”) contempla dos mecanismos de ejecución: los procedimientos administrativos que se celebran ante los llamados “*Administrative law judges*” (*ALJ*), inscritos en la Securities and Exchange Commission (SEC), o un proceso civil ante un tribunal federal a instancias del Departamento de Justicia.

El sistema administrativo estadounidense ha puesto un gran énfasis en la necesidad de que los procedimientos administrativos de carácter equivalente a un proceso judicial (“*adjudication*”), como puede ser el de un procedimiento sancionador por incumplimiento de la legislación federal del mercado de valores, se ajusten a los principios derivados del “*due process*”. Por esta razón los funcionarios que acaban resolviendo sobre la sanción, los *ALJ*, deciden sin sujeción a órdenes jerárquicas después de que otro funcionario, que actúa como “fiscal”, presente la acusación contra el supuesto infractor. Esta mayor “judicialización” de la fase administrativa implica que en la posterior fase judicial de revisión los tribunales ordinarios se muestren más deferentes hacia la resolución administrativa.

Pero en paralelo a este tipo de procedimientos, que aquí equivaldrían a una instrucción y resolución de un expediente por parte de la CNMV, la SEC puede derivar al Departamento de Justicia federal la persecución de determinadas infracciones, sin necesidad de que constituyan un delito. Los “fiscales federales”, en este caso, solicitarán ante un tribunal civil federal la imposición de una sanción por infracción de la legislación federal de mercado de valores.

En Estados Unidos, esta doble posibilidad se prevé no solo en el área del mercado de valores, sino también en otros campos, como el del derecho de defensa la competencia. En este

---

<sup>170</sup> Breyer y Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 15. Desde un punto de vista distinto, pero con conclusiones similares, Velasco Caballero, *Derecho público más derecho privado*, 116-17.

<sup>171</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:740.

ámbito, una infracción puede ser sancionada a instancia de un poder público bien a través de un procedimiento administrativo tramitado en la *Federal Trade Commission* (FTC), o bien mediante la intervención de los tribunales civiles federales, a instancia del Departamento de Justicia. También ocurre en el derecho de aguas, en el que una infracción de la ley federal contra la contaminación de las aguas (habitualmente conocida como *Clean Water Act*) tanto puede ser sancionada por la propia *Environmental Protection Agency* (EPA), como por un tribunal civil federal a instancia de la misma EPA<sup>172</sup>. En este último supuesto, que sea uno u otro el procedimiento dependerá de la decisión discrecional de esta agencia<sup>173</sup>.

Pues bien, este esquema de funcionamiento demuestra que no puede trazarse una distinción entre ámbitos del derecho según cuál sea su mecanismo de aplicación, si administrativo o judicial. Por el contrario, este modelo indica que el motivo de que se utilicen mecanismos de carácter administrativo para aplicar ciertas normas jurídicas se explica por la mayor eficiencia que puede reportar un procedimiento de este tipo. En ámbitos como el mercado de valores, el medio ambiente o las aguas, las agencias administrativas de los Estados Unidos disponen de la opción de aplicar ellas mismas el derecho del sector en el que actúan. Pueden imponer sanciones o emitir órdenes de conductas concretas de una forma más eficiente que la que ofrecería un proceso judicial. Ciertamente, la cuestión puede acabar igualmente ante los tribunales, en un proceso de control judicial de la actuación administrativa previa, pero gran parte de los casos terminarán en sede administrativa.

Por su parte, Stephen Breyer y Richard Stewart se refieren al sistema administrativo tributario y de la seguridad social y de los Estados Unidos como un ejemplo de “*mass justice*”<sup>174</sup>. En este sentido, indican que, en estos campos, anualmente deben tramitarse millones de reclamaciones cada año y que vehicularlos a través de procesos judiciales puede comportar dilaciones y resultar demasiado costoso<sup>175</sup>. Todas estas consideraciones sobre el sistema administrativo estadounidense son plenamente aplicables, *mutatis mutandis*, al nuestro, puesto que, al fin y al cabo, los dos sistemas afrontan las mismas necesidades o problemas con instrumentos de carácter administrativo, si bien con interpretaciones distintas de cómo deben emplearse.

En definitiva, detrás de la atribución a la Administración de potestades en relación con ámbitos como la seguridad vial, la recaudación de impuestos o la ordenación urbanística, entre otros, subyace una valoración estrictamente pragmática: los mecanismos de *enforcement*

---

<sup>172</sup> Art. 309(a)(2) de la *Federal Water Pollution Control Act*, que establece que en los casos de incumplimiento previstos en el artículo citado, el jefe de la *Environmental Protection Agency* “shall enforce any permit condition or limitation with respect to any person— (A) by issuing an order to comply with such condition or limitation, or (B) by bringing a civil action under subsection (b) of this section”.

<sup>173</sup> Sobre los distintos mecanismos de *enforcement* que emplean las agencias norteamericanas, ver Breyer y Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 4.

<sup>174</sup> *Ibid.*, 11.

<sup>175</sup> *Ibid.*, 15.

administrativos permiten atender un gran volumen de casos de forma más rápida y con un menor coste que el que implicaría un proceso judicial para cada caso concreto. En ámbitos como el medio ambiente, la aplicación de mecanismos administrativos, que pueden activarse a instancia de la propia Administración, permite que se actúe contra ciertas conductas que no se perseguirían, si dependieran de que cada afectado promoviera un juicio civil o penal. En estos casos, la intervención de la Administración presenta, sin duda, una mayor eficiencia.

En vista de lo expuesto, la atribución de potestades administrativas por razones de eficiencia no se muestra como una barrera de entrada al arbitraje. En efecto, la utilización de este medio de resolución de conflictos no debilita en absoluto la capacidad de la Administración para gestionar y tramitar los asuntos que se le han encomendado por razones de eficiencia. El arbitraje, como sustituto de la jurisdicción, no contiene ningún ingrediente incompatible con estos motivos.

### b) Legitimidad “técnica”

También se puede argumentar que la Administración debe decidir en primera instancia, por el conocimiento técnico de que dispone, en casos como el otorgamiento de autorizaciones o la aprobación de instrumentos de planificación urbanística o ambiental, económica, energética, etc<sup>176</sup>. Se trata de lo que podemos denominar como “legitimidad técnica” de la Administración.

En efecto, la Administración cuenta en su seno con un cuerpo funcional de técnicos especialistas en distintas materias, como la ingeniería, la biología o la arquitectura, entre muchas otras. Precisamente, para García de Enterría y Fernández, el “contacto con los hechos y la disponibilidad de “medios técnicos” son razones que justifican la presunción (*iuris tantum*) de racionalidad de la que gozan las interpretaciones de conceptos jurídicos indeterminados que realiza la Administración<sup>177</sup>.

En el campo de las autorizaciones administrativas, está claro que, para cumplir la misión que le encomienda la ley, la Administración necesita de un cuerpo de funcionarios técnicos que sea capaz de comprobar la adecuación a la normativa de los proyectos de obras o actividades que presentan los particulares. Se trata de una de las funciones de actuación administrativa sobre casos concretos que tienen lugar con un carácter masivo y que, por lo tanto, implicarían el colapso del poder judicial si desapareciera. La mayoría de los casos no presentarán problemas jurídicos, puesto que no hay incentivos para que los particulares pierdan el tiempo en intentar obtener autorizaciones para proyectos que no sean aparentemente viables.

---

<sup>176</sup> “Many forms of market failure—for example, the “spillover” problems generated by nuclear power generation and the disposal of nuclear wastes—call of recentralized, specialized, technically knowledgeable administration of controls. Judges are laymen and generalists, and litigation is ad hoc and decentralized. By contrast, administrators can “concentrate their whole activity upon the problems of which the single case is merely an element,” and bear responsibility for overall results”, Ibid.

<sup>177</sup> *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:509.

Así pues, la explicación de la intervención de la Administración a través de la idea de “legitimidad técnica” está estrechamente relacionada con la anterior (razones de eficiencia), porque la resolución masiva de casos no podría tener lugar sin un soporte técnico como el que ofrecen estos funcionarios, que son seguramente el puntal de toda Administración. En cambio, en un proceso judicial, el conocimiento técnico solo llega al juez a través de los informes técnicos que obran en el expediente administrativo de la actuación impugnada, o bien a través de las pruebas periciales que se puedan practicar en el proceso. Este es el caso, por ejemplo, de los litigios en torno a decisiones de los organismos reguladores en los sectores regulados (energía, telecomunicaciones<sup>178</sup>...). En algunos sistemas se ha facilitado que los jueces de lo contencioso-administrativo puedan apoyarse en una oficina independiente de peritaje, a la hora de resolver los procesos<sup>179</sup>. No obstante, parece evidente que el sistema judicial no está pensado para afrontar con una alta especialización técnica (no en el sentido jurídico, sino de tecnología o ciencia) los distintos ámbitos en los que interviene la Administración.

Pensemos, por ejemplo, en la multitud de expedientes de protección de la legalidad urbanística que se pueden estar tramitando ahora mismo en una gran ciudad como Barcelona o Madrid. Los Ayuntamientos cuentan con un cuerpo propio de técnicos que pueden facilitar la tramitación pronta y eficiente de muchos casos que no presentan excesivas complejidades jurídicas. De esta forma, al final sólo llegarán al juzgado contencioso-administrativo aquellos casos que pueden plantear más dudas o aquellos en los que el sancionado dispone de una capacidad económica que le permite discutir hasta el final toda actuación administrativa.

En definitiva, la intervención de la Administración, habitualmente con técnicas de autotutela, se explica también porque cuenta con un cuerpo funcional que le permite afrontar con rigor técnico las distintas misiones que se le encomiendan. Desde este punto de vista, la “legitimación técnica” que ostenta la Administración no solo no impide, sino que apunta al arbitraje como una buena solución.

En efecto, el arbitraje presenta una clara ventaja frente a los órganos judiciales por lo que se refiere a la especialización en aspectos técnicos. Cuando se constituye un tribunal arbitral de tres o más miembros, la Ley de arbitraje permite que, siempre que haya como mínimo un jurista, los demás miembros puedan ser técnicos en otras disciplinas (artículo 15.1 *in fine* LArb 2003). Así, por ejemplo, podemos imaginar un procedimiento arbitral en el que el tribunal se

---

<sup>178</sup> Para una visión completa de la jurisprudencia en estos dos ámbitos, ver José Esteve Pardo, «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, ed. Santiago Muñoz Machado (Madrid: Iustel, 2009), 881-921; Nuria Ruiz Palazuelos, *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. Un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones* (Cizur Menor: Aranzadi, 2018).

<sup>179</sup> Klaus Rennert, Presidente del *Bundesverwaltungsgericht* alemán (Tribunal Contencioso-Administrativo) al defender esta idea, hace referencia, entre otros, al ejemplo de la *Netherlands Commission for Environmental Assessment* (NCEA), «Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts? - Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand. Referat auf dem 71. Deutschen Juristentag in Essen» (Essen, 2016), 26.

compone de una abogada, un arquitecto y una economista. Sin perjuicio de que se presenten igualmente dictámenes periciales de parte, este hecho puede significar una mayor calidad de la resolución del conflicto. Una mejor realización, en definitiva, del derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos.

### c) Legitimidad democrática

El papel de la Administración en nuestro sistema también puede ser entendido como un resultado de su mayor legitimidad democrática, o de su legitimación directa, en comparación con la legitimación democrática indirecta que tienen los órganos judiciales<sup>180</sup>. Sin embargo, a diferencia de las razones de eficiencia y “legitimidad técnica”, esta justificación no explica toda actuación administrativa.

En efecto, la legitimidad democrática de la Administración se aprecia particularmente en el ejercicio de la potestad reglamentaria o de planeamiento. Es decir, no en la *adjudication* sino en el *rule-making*. Sin embargo, en algunos casos donde no se ejerce la potestad reglamentaria también puede apreciarse cierta legitimidad democrática, como por ejemplo en el otorgamiento de subvenciones discrecionales.

En estos supuestos, no obstante, hay un acto previo a la concesión de la subvención que presenta rasgos de disposición general, que es la aprobación de las bases de la convocatoria. En esta fase, la legitimidad democrática es especialmente presente, mientras que en la concesión dependerá de cuáles sean los criterios sentados en las bases. Si dejan margen para una apreciación más “política”, el acto de concesión también estará teñido de legitimidad democrática<sup>181</sup>. En los casos en los que no hay un acto de aprobación de bases, porque la subvención se adjudica directamente a través de la celebración de un convenio y de la inclusión de la correspondiente partida en los presupuestos, la presencia de la legitimidad democrática es aún más patente<sup>182</sup>.

En el capítulo VII estudiaré la relevancia que puede tener para el arbitraje la presencia de esta especial legitimación democrática en una controversia, como puede ser la que se plantea a

---

<sup>180</sup> Como señala Santiago Muñoz-Machado, “la vinculación del juez a la ley no es solo la base de su independencia, sino también de su legitimación. *Las decisiones que adopta deben ser respetadas y ejecutadas porque traen su razón legítima de la ley que aplican*. Frente al legislativo y el ejecutivo, que gozan de una legitimación originaria, por su relación inmediata o mediata con el pueblo, el poder judicial goza de una legitimación democrática que, justamente, puede denominarse «de ejercicio», en cuanto que se construye a partir de la función de aplicación de la ley que los tribunales están llamados a desempeñar”, Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*. Tomo III. *Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 176.

<sup>181</sup> La “fijación del *quantum* de una subvención” se utiliza como ejemplo de ejercicio de una potestad discrecional en García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017.

<sup>182</sup> El art. 22.2.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones contempla la posibilidad de conceder directamente las subvenciones “previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones”.

partir del ejercicio de la potestad reglamentaria o de planeamiento. Defenderé, precisamente, que uno de los criterios orientativos de arbitrabilidad tiene que ver con la concurrencia de este factor. En cualquier caso, sin embargo, es una consideración de oportunidad, que no es aplicable a todos los ámbitos del derecho administrativo, por lo que no puede constituir un obstáculo, de entrada, para el arbitraje.

#### 4. Síntesis: una compañía de actores

En definitiva, la disección del poder administrativo que he tratado de llevar a cabo en este epígrafe es imprescindible para poder analizar si el arbitraje puede ser “invitado” al banquete del sector público. Peter Strauss habla de la “*cooperative partnership in the law-making enterprise*”<sup>183</sup>, una idea que en nuestro sistema no se utiliza demasiado, pero que quizá ayuda a ver más allá de las -supuestamente- rígidas distinciones a las que estamos acostumbrados.

Esta cita me parece pertinente, porque Administraciones, entidades del sector público con forma privada, jueces, parlamentos, Tribunal Constitucional y otras instituciones, pueden ser concebidas todas ellas como los diferentes actores<sup>184</sup> que, juntos, forman una única compañía dramática. Si imaginamos el funcionamiento del Estado como una obra de teatro, cada institución representaría un papel, y los juristas, igual que los politólogos o los sociólogos en sus respectivos campos, intentamos entender lo que ocurre en el escenario. Para llevar a cabo esta tarea, es imprescindible adoptar una visión sistemática, que tenga en cuenta el lugar de cada actor dentro del conjunto<sup>185</sup>, y que no dé nada por sentado.

Desde este punto de vista, ideas como la del arbitraje público no pueden ser analizadas correctamente si, previamente, no se ha realizado este ejercicio de cuestionamiento de las tareas que desempeñan cada una de las instituciones-actores que intervienen en el sector público. Dado que el arbitraje es visto en general como “un extraño invitado” en este ámbito, previamente hemos tenido que estudiar el banquete al que nos planteamos invitarle, para poder comprobar si las razones por las que tradicionalmente se lo ha recibido con recelo están suficientemente justificadas.

Como hemos visto, la atribución a la Administración de poderes de autotutela se explica por distintas razones, relacionadas con la eficiencia, la legitimidad técnica o la legitimidad democrática, que no impiden, por sí mismas, invitar al arbitraje al banquete del sector público. En consecuencia, si existe algún obstáculo para esta institución, este se encontrará en otros

---

<sup>183</sup> Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 482.

<sup>184</sup> Expresión también utilizada por Peter Strauss, *Ibid.*, 99-100.

<sup>185</sup> Este mismo autor propone otra metáfora sobre la relación entre la Administración y el Congreso, el Presidente y los tribunales: “*It may be helpful to imagine the machinery of government as a carriage pulled by three horses; that each of the horses has a particular role to play says nothing necessarily about the nature of the carriage they are pulling – at least so long as the attachment of each to the carriage remains secure, and its appointed role may be played. Although some believe that the dawn of the twentieth century saw the invention of a horseless carriage for American government as well as for the highway, these pages take a different view. Connections between the agencies of government and each of the three chief authorities of government remain essential to the legality of government action*”, *Ibid.*

“actores” que participan en el banquete, como el concepto de jurisdicción contencioso-administrativa o la Constitución, pero no en la figura de la Administración como organización a la que se han atribuido poderes de autotutela por razones de eficiencia, de legitimidad “técnica” y de legitimidad democrática.



## IV. EL PODER ADMINISTRATIVO ANTE EL JUEZ

### 1. Consideraciones previas

Hasta el momento hemos visto que, ni las diferencias que habitualmente se suelen destacar para justificar la división entre derecho público y privado, ni la existencia de la institución de la autotutela, permiten descartar, de entrada, el arbitraje público. Ahora conviene hacer referencia a una cuestión muy relacionada con las anteriores, pero que presenta suficiente entidad como para tratarla aparte. Se trata de la idea según la cual nuestro sistema necesariamente debe contar con un orden jurisdiccional especializado en los conflictos de derecho administrativo. Para algunos autores, el solo hecho de que el arbitraje público implique sustituir a los órganos de este orden especial comporta que la institución arbitral deba rechazarse de plano.

A fin de dilucidar si tal posición es razonable, tendremos que determinar qué razones pueden llegar a justificar que el proceso judicial dedicado a revisar el ejercicio del poder administrativo deba plantearse ante un órgano judicial especializado, en vez de uno ordinario, y, en particular, si nuestra Constitución realmente exige que se establezca este orden especial. Para cumplir este objetivo, en este capítulo me planteo si la Constitución exige una jurisdicción especializada, es decir, si la norma fundamental establece una “reserva de jurisdicción especial” en este ámbito. Posteriormente, examino qué cuestiones procesales específicas que podrían justificar la existencia de un orden especializado en litigios de derecho administrativo.

### 2. Reserva de jurisdicción contencioso-administrativa

Normalmente, la doctrina da por supuesto que debe existir un orden jurisdiccional especializado en los asuntos contencioso-administrativos. De hecho, a menudo se argumenta que la existencia de este orden especializado justifica la distinción del derecho público del privado. Pues bien, procede ahora plantearse si realmente la Constitución española exige que el sistema de justicia cuente con el orden contencioso-administrativo. En definitiva, hay que preguntarse si la Constitución establece una “reserva de jurisdicción contencioso-administrativa”. Para empezar, conviene recordar el tenor literal del artículo 106.1 CE:

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<sup>186</sup>.

---

<sup>186</sup> Óscar Alzaga Villaamil identifica como preceptos de Derecho comparado los siguientes: “Art. 113 de la Constitución italiana; art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn; art. 63 de la Constitución danesa, u, en cierta medida, el art. 11 del Capítulo 11 de la Constitución sueca, y el art. 206 de la Constitución portuguesa”, Óscar Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2.<sup>a</sup> ed. (Madrid: Marcial Pons, 2016), 501.

La totalidad de autores que han abordado el arbitraje administrativo han partido de la base de que los Tribunales de justicia a los que se refiere el artículo 106.1 CE necesariamente son los órganos judiciales que conforman el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Sin embargo, el artículo 106.1 habla precisamente de los “tribunales de justicia”, no específicamente de los tribunales de lo contencioso-administrativo, y así lo han destacado diversos autores<sup>187</sup>. El legislador podría optar, en consecuencia, por un modelo unitario similar al británico o al estadounidense. Estos dos modelos se basan sobre todo en la tarea de control que ejercen los *administrative tribunals* o los procedimientos cuasijudiciales de *adjudication*, que tienen lugar dentro de la Administración. Una vez terminada esta fase, la revisión de sus decisiones recae en órganos judiciales ordinarios, no especializados en lo contencioso-administrativo. Esto no impide, sin embargo, que estos tribunales puedan desarrollar doctrinas jurisprudenciales que tengan en cuenta las especificidades que pueden plantear los conflictos administrativos.

Alguien podría rebatir, no obstante, que la referencia genérica del art. 106.1 CE a los “tribunales de justicia” debe ser interpretada teniendo en cuenta la mención del artículo 153.c) CE a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este precepto establece que la actividad de la Administración de las Comunidades Autónomas se sujetará al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. En mi opinión, sin embargo, esta alusión no constituye un fundamento suficiente para sostener la existencia de una reserva de jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de una mención de carácter indirecto que se encuentra en el Título VIII, dedicado a la organización territorial del Estado y no en el Título VI dedicado al Poder Judicial. Es decir, si el constituyente realmente quería que los tribunales de lo contencioso-administrativo fueran los únicos legitimados para cumplir la función de control encomendada en el art. 106.1 CE, habría hecho alusión a este orden jurisdiccional en este último artículo, y no en el título dedicado a la organización territorial del Estado.

Por lo que se refiere a la perspectiva histórica, Aurelio Guaita ha destacado que las diversas Constituciones españolas del siglo XIX –a excepción de la de 1812– omitieron toda referencia a la justicia administrativa. Según este autor, en 1931, “la institución de lo contencioso-administrativo se daba por supuesta de modo implícito o tácito”, pues si bien es cierto que el artículo 101 de la Constitución republicana de 1931<sup>188</sup> establecía “el control judicial de los actos de la Administración, no se decía qué tribunales habían de ejercerlo<sup>189</sup>”.

---

<sup>187</sup> Aurelio Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución de 1978. Tomo VIII. Artículos 97 a 112*, ed. Óscar Alzaga Villaamil (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985), 329-30; Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 502.

<sup>188</sup> “La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder”.

<sup>189</sup> Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», 324.

En su artículo 95, la Constitución de 1931 admite globalmente la existencia de diversas jurisdicciones, pero no es hasta la Ley Orgánica del Estado de 1967 cuando, aunque indirectamente, se reconoce la existencia de “los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las leyes”. Sin embargo, esta misma ley preveía, en su artículo 42.II que “podrán ejercitarse las acciones y recursos que procedan ante la jurisdicción competente, de acuerdo con las leyes”.

En todo caso, lo que parece claro es que los constituyentes de 1978 también daban por sentada la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa. Las enmiendas que se presentaron al texto de la ponencia constitucional durante su tramitación en el Congreso de los Diputados y el Senado, recogidas y comentadas cuidadosamente por Guaita<sup>190</sup>, reflejan que las cuestiones que más interés despertaban eran las relativas al alcance del control judicial que establecía el -finalmente numerado como- artículo 106.1 CE.

Así, a los parlamentarios que plantearon enmiendas, les preocupaba especialmente evitar que la ley estableciera excepciones como las del artículo 2 o 40 de la LJCA 1956 respecto a los “actos políticos” o a las resoluciones en materias como libertad de prensa. Por ello, propusieron modificaciones que enfatizaran el control “plenario y efectivo” o “sin excepciones” de la Administración, o que explicitaran que también podía controlarse la inactividad administrativa. En cualquier caso, no parece que los constituyentes concibieran, en aquel momento, otro tipo de control externo que no fuera el judicial. El debate parlamentario giraba más en torno al aspecto sustantivo del control de la Administración (mayor o menor alcance, intensidad y efectividad de este) que al institucional, es decir, la cuestión de “quién” controla la Administración, si los tribunales “ordinarios”, es decir, los del orden civil, o los de un orden especializado en asuntos contencioso-administrativos.

En efecto, existía consenso alrededor del modelo “judicialista” de control de la Administración. La idea de implantar este tipo de sistema viene de lejos. Según Gutiérrez Gutiérrez, los constituyentes de Cádiz, influidos por la experiencia británica, optaron por un modelo de control de la Administración de carácter “judicialista”<sup>191</sup>. Sin embargo, “la entrega a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de contenciosos de carácter administrativo, nunca llegó a tener una vigencia práctica realmente asentada y pacífica”<sup>192</sup>.

En 1904 se aprobó una ley que reformó la LJCA de 1888, la denominada “Ley de Santamaría de Paredes”. Esta reforma acabó definitivamente con el “sistema mixto” establecido en la ley original. De este modo, España se apartaba, de una vez por todas –al menos desde un punto de vista formal- del esquema todavía vigente hoy en Francia, en el que la

---

<sup>190</sup> Ibid., 326-28.

<sup>191</sup> Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «Artículo 106.1: El control judicial de la Administración», en *Comentarios a la Constitución Española*, ed. Óscar Alzaga Villaamil (Madrid: Edersa, 1996), 551.

<sup>192</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo II. Historia de las instituciones jurídicas-administrativas-2*, 4.<sup>a</sup> ed. (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 185.

Administración no es controlada por el poder judicial *stricto sensu* sino por un cuerpo de órganos administrativos, encabezado por el *Conseil d'État*.

El origen de este sistema se encuentra en la interpretación singular del principio de división de poderes que se adoptó con la Revolución de 1789, que se resume en el famoso lema de “*juger l'administration, c'est encore administrer*”. El modelo francés divide lo que aquí denominaríamos poder judicial en dos ramas: por un lado, el poder judicial en sentido estricto, que comprende los tribunales civiles, penales, etc, y por otro lado, el que podríamos denominar “poder judicial administrativo”, encabezado por el *Conseil d'État*. Después de una larga evolución, los órganos de la justicia administrativa franceses ejercen un control plenamente equiparable al que realizaría un órgano judicial “auténtico”<sup>193</sup>.

Así pues, un sistema de justicia administrativa basada en el modelo actual francés, habría respetado los estándares internacionales (básicamente, el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>194</sup> –en adelante, CEDH-), puesto que al fin y al cabo, estos órganos formalmente separados del poder judicial ejercen una función materialmente jurisdiccional, con garantías de independencia e imparcialidad equiparables. Sin embargo, la opción del constituyente de 1978 fue descartar de plano esta opción, seguramente porque el sistema español ya hacía tiempo que se había separado de él, y quizá también por el temor de que un sistema basado en el francés no permitiría implantar el cambio de perspectiva que implicaba la Constitución.

Con todo, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 no supuso la aprobación de una nueva LJCA, sino que la ley jurisdiccional de 1956 siguió en vigor, con el filtro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. De este modo, no ha sido hasta la aprobación de la LJCA de 1998 cuando se han acabado de implantar todas las garantías propias de un modelo plenamente judicialista.

Ahora me interesa traer a colación la posición de uno de los autores que ha examinado esta cuestión con más detalle, Aurelio Guaita. Según este jurista, el artículo 153.c) CE “constitucionaliza” la jurisdicción contencioso-administrativa y, por lo tanto, “salvo ley expresa en contrario, a ese orden pertenecen los tribunales que han de controlar a la Administración”. Sin embargo, a renglón seguido, este autor admite que “lo decisivo y esencial es que toda actividad de la Administración sea controlable por «los tribunales», que es realmente lo único que preceptúa el artículo que se comenta, de modo que no es inexcusable que sean precisamente los de la jurisdicción contencioso-administrativa, y no

---

<sup>193</sup> “El Consejo de Estado francés es un órgano con un abanico de funciones tradicionalmente más rico que el nuestro, pues, amén de sus funciones administrativas, opera también como órgano jurisdiccional, a modo de Tribunal Contencioso-Administrativo”, Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 504.

<sup>194</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

sería y no es anticonstitucional que, esporádicamente, las leyes encomendaran o encomienden esa tarea a tribunales de otras jurisdicciones<sup>195</sup>”.

Por otro lado, previamente el mismo autor admite que “la Constitución vigente renuncia a especificar sistemáticamente las posibles jurisdicciones y se contenta inicialmente con hablar de «todo tipo de procesos» (art. 117.3) y de «todos los órdenes» jurisdiccionales (123.1) y con afirmar enfáticamente que «el principio de la unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales» (117.5), pero es también, paradójicamente, la primera Constitución española que *expressis verbis* habla de una «jurisdicción contencioso-administrativa» [art. 153, c)]<sup>196</sup>”. Además, como el propio autor apunta, “la declaración imperativa y no programática que contiene el artículo 106.1 no sólo es importante, y en mi opinión plenamente acertada, sino que, además, y pese a su brevedad, incide penetrante y eficazmente en casi todos los problemas importantes del proceso administrativo; en lo que no trata o no concreta no impide el texto constitucional que la legislación ordinaria y la jurisprudencia puedan ser (¿lo serán?) audaces, creativas, modernas y justas<sup>197</sup>”.

Sin embargo, más tarde este autor considera que no es inconstitucional pero que tampoco es conveniente establecer reglas de competencia como las que atribuyen al orden social el conocimiento de algunas controversias que, desde un punto de vista de funcionamiento, son de Derecho administrativo. Cree que deben concurrir “razones muy poderosas” que desvirtúen las “razones de eficacia, de especialización y de división del trabajo que llevaron a crear la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>198,199</sup>”. Para Guaita, si los tribunales contencioso-administrativos siguieran siendo unos tribunales administrativos, enmarcados en un sistema de justicia retenida, la atribución de competencias a otro orden, de carácter plenamente judicial, sería elogiada. No obstante, este ya no es el caso, pues los órganos de lo contencioso-administrativo son tribunales a todos los efectos que forman parte de la jurisdicción ordinaria bajo el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE)<sup>200</sup>.

Pues bien, a mi parecer, el debate constituyente y la interpretación sistemática del artículo 106.1 CE indican que el precepto se centra en garantizar dos principios. Por un lado, que el

---

<sup>195</sup> Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», 329. Hay que destacar que, unas líneas más arriba, el autor indica que la de 1978 es “la primera Constitución española que *expressis verbis* habla de una «jurisdicción contencioso-administrativa {art. 153.c)}”», *Ibid.*, 326.

<sup>196</sup> Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», 325-26.

<sup>197</sup> *Ibid.*, 328.

<sup>198</sup> *Ibid.*, 330.

<sup>199</sup> El legislador, como hemos señalado en el epígrafe anterior, no ha seguido el criterio defendido por Aurelio Guaita y ha atribuido al orden social la competencia para conocer de cuestiones como la impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral (art. 2.n LRJS) o prestaciones de Seguridad Social (art. 2.o) LRJS).

<sup>200</sup> Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», 330.

control de la Administración se ejerza desde fuera por órganos imparciales e independientes, como los tribunales de justicia, y no desde dentro, a través de mecanismos como los que preveía la Ley de Santamaría de Paredes en su versión original. Por otro lado, también impide que se establezca un modelo de control judicial de la Administración como el que existía antes de la Constitución, que reconocía ámbitos en los que el poder administrativo era inmune a cualquier control externo.

En este sentido, el TC ha entendido que lo que excluye en todo caso el artículo 106.1 CE es la existencia para la Administración de “ámbitos inmunes al control judicial”<sup>201</sup>, es decir, espacios de actividad administrativa que escapen a cualquier tipo de control, tal y como sucedía con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, con la interpretación extensiva de la figura de los “actos políticos”, excluidos de control jurisdiccional.

Gracias a esta jurisprudencia constitucional, los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo también han podido entrar a escrutar el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración a través del control de los elementos reglados que, en mayor o menor medida, siempre se dan en todo ejercicio de potestad. Lo han hecho sobre la base del control de los hechos determinantes, así como aplicando la doctrina del control de la desviación de poder, entre otras técnicas, todo ello bajo la proyección del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que se halla consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

De este modo, el art. 106.1 CE se erige, sobre todo, como un garante de la libertad individual, del derecho a la tutela judicial efectiva frente a la actuación administrativa. Se inscribe así en una tendencia común en países de cultura jurídica parecida a la nuestra. En efecto, tanto el redactado del artículo 19.4 de la Ley fundamental de Bonn<sup>202</sup> como el artículo 113 de la Constitución italiana<sup>203</sup>, identificados como equivalentes al art. 106.1 CE<sup>204</sup>, claramente ponen el énfasis en la vertiente individual del control jurisdiccional de la actuación administrativa.

---

<sup>201</sup> Una expresión que recuerda sin duda a la influyente obra de García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*.

<sup>202</sup> “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, frase 1”.

<sup>203</sup> Art. 113

Contra los actos de la Administración Pública se dará siempre la protección jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante cualesquiera órganos judiciales ordinarios o administrativos.

Dicha protección jurisdiccional no podrá quedar excluida o limitada a medios determinados de impugnación o para determinadas categorías de actos.

La ley especificará los órganos jurisdiccionales con facultad para anular los actos de la Administración Pública en los casos y con los efectos previstos por la ley misma.

<sup>204</sup> Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 501.

En fin, como hemos visto, la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se ha dado por supuesta en los antecedentes constitucionales más inmediatos, pero esto no significa que la Constitución no permita otras soluciones. Considero que la atribución al orden judicial contencioso-administrativo de determinadas categorías de controversias se explica, sobre todo, por las razones de eficacia, especialización y división del trabajo, como señala Aurelio Guaita. En definitiva, la Constitución no establece una reserva de jurisdicción contencioso-administrativa, sino que impone un modelo de control externo de la Administración que debe revestir los caracteres de imparcialidad e independencia propios de la jurisdicción, y en el que no se reconozcan espacios de la actividad administrativa inmunes a este control.

### 3. Posibles razones justificativas de una jurisdicción especializada

Como acabamos de ver, la existencia de un orden judicial especializado en lo “contencioso-administrativo” no es la única opción posible bajo la Constitución. Así pues, la existencia de un orden judicial especializado en los conflictos con la Administración no se puede explicar como una imposición de la norma fundamental. Por lo contrario, creo que se explica por diversas razones “pragmáticas”, que ciertamente pueden tener fuerza, pero que también obedecen a una determinada trayectoria histórica y a un contexto cultural determinado.

Sin embargo, antes de pasar a examinarlas, creo necesario realizar una consideración previa, sobre la ausencia de una distinción “filosófica profunda<sup>205</sup>”, en palabras de John Bell, entre asuntos contencioso-administrativos y el resto. Es decir, explicar por qué la existencia de un orden jurisdiccional especializado en materia administrativa se explica mejor por razones pragmáticas que por razones ontológicas.

Tal como señala el autor citado, la mayor parte de procesos que se ventilan ante los tribunales de justicia especializados en asuntos administrativos, allí donde los hay, no se distinguen sustancialmente de los procesos que se celebran ante un tribunal “civil”. Según este autor, mientras que sistemas como el británico se han acercado progresivamente al continental a través, por ejemplo, de la instauración de los llamados “*tribunals*” especializados en tributos, la concepción de una separación radical entre justicia administrativa y una justicia ordinaria, propia de la tradición francesa o italiana, se ha visto cuestionada desde una perspectiva europea<sup>206</sup>. En primer lugar, porque las garantías que comprende el derecho a un juicio justo, protegido por el art. 6 CEDH, no distinguen entre asuntos administrativos y civiles<sup>207</sup>. En segundo lugar, porque muchas normas sustantivas aplicables en el ámbito de la

---

<sup>205</sup> Bell, «Comparative Administrative Law», 1280.

<sup>206</sup> Ibid.

<sup>207</sup> Previamente, Bell trae a colación los casos del sistema de justicia administrativa de Suecia y Países Bajos. Bell recuerda que el TEDH criticó en su momento la insuficiente independencia de los tribunales de estos sistemas, que partían de la separación radical entre justicia administrativa y justicia ordinaria, Ibid., 1279.

responsabilidad patrimonial de la Administración, los contratos públicos o el empleo público se aplican de una forma muy parecida a la del ámbito de los conflictos entre particulares<sup>208</sup>.

De hecho, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, voces representativas de la concepción clásica del Derecho administrativo español, admiten que muchas instituciones administrativas como el dominio público, la contratación administrativa o la responsabilidad administrativa se presentan como “una transformación o adaptación de las instituciones del Derecho privado”, que se “han ido formando de una manera contingente en función de las circunstancias”. Como prueba de este fenómeno, destacan el hecho de que en sistemas cercanos al nuestro algunas figuras civiles, como el contrato, carecen de su “correlato administrativo”: “así, en Alemania, por ejemplo, se desconoce la teoría del dominio público. El contrato administrativo sólo existe en los Derechos francés, belga y español. La responsabilidad administrativa no aparece en España hasta la LEF, regulándose hasta entonces por el CC”.

Por último, hay que destacar que estos autores reconocen implícitamente el carácter “pragmático” y no “ontológico” de estas distinciones cuando explican que las instituciones administrativas se han formado en determinados países y en determinados momentos cuando las instituciones civiles se han demostrado insuficientes y, “sólo cuando llega a notarse esta insuficiencia, el legislador (y, a veces, la jurisprudencia) se ven obligados a crear la correspondiente figura administrativa paralela a la del Derecho privado<sup>209</sup>”. En la misma línea, pero en referencia a la naturaleza del juez contencioso-administrativo, señalan que este “no es un cuasi-juez o un juez con menos poderes que los de otros órdenes jurisdiccionales, sino exactamente igual que cualquiera de éstos, como con toda evidencia resulta del artículo 117.3 de la Constitución<sup>210</sup>”.

Bell admite que algunos aspectos concretos, propios del “núcleo duro” del Derecho administrativo, como el tratamiento de la discrecionalidad o la legitimación procesal justifican que haya unas reglas procesales distintas que las propias del proceso civil. Ahora bien, para este autor, el mejor modo de entender las diferencias que puede presentar el proceso contencioso-administrativo en estos casos es como “respuestas esencialmente pragmáticas” al carácter especial de algunas de las cuestiones que resuelven estos tribunales, y no tanto como respuestas fundamentadas en alguna “distinción filosófica profunda” entre la calidad de la justicia exigida para los asuntos de Derecho administrativo, en contraposición con el resto.

En la línea apuntada por Bell, considero que el hecho de que actualmente en España haya un orden judicial especializado en lo contencioso-administrativo se explica por razones

---

<sup>208</sup> Como ejemplo de esta aproximación, Bell cita el hecho de que en Italia las cuestiones sobre empleo público y responsabilidad patrimonial han pasado a ser competencia de los jueces civiles.

<sup>209</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:82-83.

<sup>210</sup> *Ibid.*, I:506.

pragmáticas, relacionadas con la historia y con cuestiones organizativas. Así pues, no comparto la posición de autores como Alejandro Huergo Lora, que asocia el ámbito de la competencia de los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo con los asuntos que presentan un “interés general”, en contraposición a los conflictos de derecho privado, en los que, afirma, la Administración defiende un interés particular o “simple interés fiscal”<sup>211</sup>. No comparto esta consideración, puesto que, como ya he dicho en el capítulo II, el interés público preside todo el ordenamiento jurídico. Además, las distinciones entre derecho público y privado, a pesar de que pueden resultar explicativas en algunos aspectos, distan de ser claras y no permiten dividir los dos ámbitos sobre la base de fundamentos sólidos.

En cualquier caso, partir de una supuesta distinción radical entre dos campos no parece reflejar adecuadamente el ordenamiento jurídico actual y tampoco resulta útil a efectos de analizar la posibilidad de utilizar el arbitraje en el sector público. En este sentido, comparto el enfoque de John Bell: sin negar que puedan existir razones que justifiquen tratar de forma específica ciertas cuestiones que pueden surgir en un conflicto del sector público –como la discrecionalidad–, la existencia de un orden especializado en asuntos administrativos se explica por razones “pragmáticas” y no por razones ontológicas.

A continuación, paso a analizar las razones principales que pueden explicar que el sistema judicial español cuente con el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.

#### a) Historia

En primer lugar, la existencia de un orden jurisdiccional distinto del civil, el de lo “contencioso-administrativo” se explica, sobre todo, la trayectoria histórica. Como he expuesto en el epígrafe anterior, la institución de la jurisdicción contencioso-administrativa se dio por supuesta en la Constitución de 1978, en coherencia con el profundo arraigo de esta en la cultura jurídica del país y en la pertenencia a una familia jurídica, la continental, en la que lo más habitual es contar con un orden judicial especializado en estas cuestiones o, incluso, con un sistema jurisdiccional separado dedicado a ellas.

La justicia administrativa, tal y como la conocemos hoy, tiene su origen en 1845, cuando se estableció un sistema de justicia administrativa claramente inspirado en el modelo francés, nacido con la Revolución de 1789<sup>212</sup>. Este último sistema se basaba, y aún se basa, en una separación entre la jurisdicción “ordinaria” y la jurisdicción “administrativa”. En su origen, esta división se debía a una interpretación singular de la doctrina de la separación de poderes, según la que juzgar a la Administración equivaldría a administrar y por lo tanto invadir la esfera del poder ejecutivo. No obstante, después de una larga evolución, impulsada por la jurisprudencia del *Conseil d'État*, la jurisdicción administrativa actualmente funciona con

---

<sup>211</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 175.

<sup>212</sup> Sobre la formación del contencioso-administrativo español, ver, entre otros, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:594-600.

garantías plenamente equiparables a la ordinaria, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en relación con el artículo 6.1 CEDH.

El sistema español ha seguido una trayectoria distinta. En primer término, debe destacarse que las normas de 1845 que establecieron un sistema de justicia administrativa “retenida” contaban con un precedente de tendencia contraria: el artículo 248 de la Constitución de 1812, que consagró el principio de unidad de jurisdicción<sup>213</sup>. Con todo, los propios constituyentes previeron que este principio general pudiese ser excepcionado mediante ley. En efecto, el artículo 278 del mismo texto constitucional preveía la posibilidad de crear mediante ley “tribunales especiales para conocer de determinados negocios<sup>214</sup>”. En segundo término, si bien en 1845 se instauró un sistema de justicia administrativa claramente basado en el francés, de justicia “retenida”, el debate no se cerró allí. A lo largo de las siguientes décadas, moderados y progresistas se enfrentaron a propósito de esta cuestión, puesto que estos últimos pretendían dirigirse hacia un sistema más parecido al apuntado en Cádiz<sup>215</sup>. La “prolongada batalla terminó en tablas o transacción mediante un sistema mixto en 1888: jurisdicción contencioso-administrativa especial y distinta de la civil, pero no retenida, sino delegada y ejercida por tribunales de composición mixta administrativo-judicial<sup>216</sup>” (la denominada Ley de Santamaría de Paredes).

---

<sup>213</sup> Santamaría Pastor, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, 56.

<sup>214</sup> Santamaría Pastor trae a colación la justificación de este precepto, contenida en el epígrafe LVIII del Discurso Preliminar a la Constitución de 1812. Interesa destacar que en este epígrafe se identifican como razones para establecer un tribunal especial “la naturaleza de ciertos negocios, el método particular que conviene al fomento de algunos ramos de industria juntamente con los reglamentos y ordenanzas, que más que al derecho privado pertenecen al derecho público de las naciones, pueden exigir tribunales especiales y de un arreglo particular”. Como ejemplos de los mismos, se recogen “los consulados, los asuntos de presas y otros incidentes de mar, las juntas o tribunales de minería en América y tal vez el complicado y vicioso sistema de rentas, mientras no se reforme desde su raíz, podrán requerir una excepción de la regla general de tribunales”. Por último, respecto a la conveniencia de prever estos tribunales especiales en la Constitución, se señala que “La naturaleza variable de sus negocios es la que ha de decidir si deben subsistir o extinguirse, y esto nunca puede ser objeto de la Constitución, sino de leyes particulares”, Agustín de Argüelles, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, ed. Luis Sánchez Agesta (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 108.

<sup>215</sup> “[M]oderados y conservadores («la derecha») eran partidarios de lo contencioso-administrativo pero *more gallico*, por supuesto, es decir (y así se creó en España en 1845), en manos de tribunales administrativos (más administrativos que tribunales, es claro) y en realidad en manos de la Administración al menos *de iure*, pues aquéllos se limitaban en el ámbito nacional y en apelación a proponer proyectos de sentencias que el Gobierno podía no aprobar, lo que se llamaba sistema de justicia retenida, ya que, en efecto, quedaba en último extremo en manos del Gobierno, la retenía éste (más retenida que justicia, pues); se comprende perfectamente que progresistas, demócratas y liberales («la izquierda») se mostraran siempre hostiles a una institución que frente a lo que veían o creían ver en Inglaterra se mostraba como un haz de privilegios en manos de la Administración y un escapar de ésta a la Justicia en clara desigualdad con los particulares, por lo que propugnaban aquéllos que la Administración se sometiera a los tribunales ordinarios y, por supuesto, no según el modelo de la justicia retenida, sino como justicia delegada o justicia a secas, y así lo hicieron en 1868-1875, aunque ha de reconocerse que con más retrasos y desbarajustes que éxito o justicia”, Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», 323.

<sup>216</sup> *Ibid.*

Posteriormente, el sistema de justicia administrativa fue adaptándose con el tiempo a un modelo cada vez más judicialista, con importantes interrupciones o limitaciones, como la suspensión sin reservas del recurso contencioso-administrativo durante los primeros años de la dictadura de Franco (período 1938-1944)<sup>217</sup>. A pesar de regir en un contexto autocrático, tradicionalmente la doctrina ha destacado el avance que supuso la aprobación de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, hacia el establecimiento de un modelo judicialista<sup>218</sup>. En todo caso, no es hasta la Constitución de 1978 cuando se eleva a rango constitucional el principio de que el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo constituye un orden judicial más, de pleno derecho, inscrito, además, en un poder judicial único y garantizador de los derechos y libertades constitucionales del Estado social y democrático de Derecho. Una equiparación, sin embargo, que no se perfecciona hasta la aprobación de la vigente LJCA de 1998.

Así pues, la relativamente reciente caracterización del proceso contencioso-administrativo como un auténtico proceso judicial quizá es lo que explica que todavía se detecten “viejos hábitos mantenidos por simple inercia o por comodidad”. García de Enterría y Fernández se refieren así a prácticas comunes en la jurisdicción contencioso-administrativa, como el otorgar excesivo peso a una supuesta “presunción de validez de las pruebas administrativas”, una “no excepcional actitud de deferencia ante las posiciones de fondo que la Administración sostiene, actitud que tiene normalmente su origen en una falta de especialización rigurosa de algunos miembros de las Salas”, o el hecho de que el Abogado del Estado siga ocupando el estrado reservado al Fiscal, “por simple inercia del sistema de la Ley Santamaría en que era el Fiscal el defensor de la Administración<sup>219</sup>”.

En definitiva, el carácter relativamente reciente de la configuración del orden jurisdiccional contencioso-administrativo como un orden judicial más, de pleno derecho, quizá explica que todavía se puedan detectar “inercias” del pasado. En el caso del arbitraje público, esto es especialmente importante, puesto que podría constituir una de las razones por las que algunos consideraren esta institución como “un extraño invitado”.

## b) Organizativas: eficacia y especialización

Actualmente, la existencia de un orden judicial especializado en asuntos contencioso-administrativos se explica por razones “de eficacia, de especialización y de división del trabajo”, que son las que, según Aurelio Guaita “llevaron a crear la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>220</sup>”.

---

<sup>217</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:598.

<sup>218</sup> *Ibid.*, II:599-600.

<sup>219</sup> *Ibid.*, II:661-62.

<sup>220</sup> Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», 330.

En mi opinión, la división del trabajo es un rasgo común de las dos finalidades principales a las que alude este autor, la especialización y la eficacia, que coinciden con dos de las razones que justifican la intervención de la Administración, como hemos visto en el capítulo anterior. A continuación, exploraré estas ideas como explicación actual de la existencia del orden de lo contencioso-administrativo. De este modo, retomamos la idea a la que me refería al principio del segundo capítulo. Allí hemos visto como las divisiones del ordenamiento jurídico sirven, entre otras finalidades, para que tanto la justicia como los operadores jurídicos y los abogados puedan especializarse en un ámbito y, en el caso de los primeros, prestar así un servicio de justicia de mejor calidad o, en el caso de los segundos, un mejor asesoramiento jurídico.

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández explican que la especialización “está en la base misma de la jurisdicción contencioso-administrativa desde su implantación en nuestro país<sup>221</sup>”. Así, por ejemplo, en su origen, la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia sobre ciertos contratos de la Administración, a pesar de su “naturaleza civil”, se explica, en España, por razones “puramente pragmáticas y no de naturaleza”, “por un simple motivo práctico, porque estos Tribunales son más rápidos y expeditivos y porque conocen mejor el funcionamiento de la Administración<sup>222</sup>”. Se trata, en cualquier caso, de una decisión pragmática basada en la “intensidad” de la modulación que sufre el contrato civil en el mundo administrativo<sup>223</sup>. No es, pues, una distinción absoluta, sino de grado.

Según John Bell, la ventaja de los sistemas que cuentan con una jurisdicción administrativa separada, como Francia, Italia o Alemania, es la especialización, que permite que los jueces puedan desarrollar un cuerpo de principios que reconozcan los rasgos propios del control de la Administración. En particular, menciona la posibilidad de que los jueces adopten una actitud más proactiva exigiendo la aportación de pruebas por parte de la Administración<sup>224</sup>. A pesar de que el mismo autor se refiere a los sistemas citados como una opción suficientemente distinta a la de un sistema judicial único con una “*division*” para los asuntos administrativos, como ocurre en España o los Países Bajos<sup>225</sup>, su razonamiento es igualmente aplicable.

---

<sup>221</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:609.

<sup>222</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:733-34.

<sup>223</sup> “Si de entre el conjunto contractual de la Administración se especifica un grupo de ellos a los que calificar de administrativos *stricto sensu*, se trata de una medida pragmática determinada por el criterio de que allí donde la modulación del contrato alcanza una cierta intensidad es más conveniente que su análisis se atribuya a los Tribunales especializados en Derecho Administrativo que a los Tribunales ordinarios, porque su enjuiciamiento necesariamente requiere el conocimiento del régimen peculiar de la Administración”, *Ibid.*, I:737-38.

<sup>224</sup> Bell, «Administrative Law in a Comparative Perspective», 299.

<sup>225</sup> *Ibid.*

Por su parte, Karl Löwenstein destaca que el debate sobre que “los conflictos entre la administración pública y los ciudadanos deben ser resueltos por los tribunales administrativos especiales o por los tribunales ordinarios, ha perdido hoy gran parte de su importancia”, dado que se ha demostrado que los tribunales administrativos que siguen el modelo francés son tan independientes como los ordinarios. Para este autor, no solo ha desaparecido la desconfianza hacia este tipo de tribunales, sino que además estos “están mejor capacitados que los tribunales ordinarios, en virtud de su especial formación y experiencia, para conocer los detalles técnicos de la administración y del derecho administrativo<sup>226</sup>”.

Es decir, para este autor, la ventaja que ofrece la existencia de una jurisdicción separada o de un orden judicial de lo contencioso-administrativo es la especialización. Löwenstein se refiere en todo caso a detalles técnicos, pero no a una especial legitimación democrática de los jueces contencioso-administrativos. Desde este punto de vista, el arbitraje sería igual o más efectivo, dado que en cada conflicto podría nombrarse un tribunal arbitral especializado en un determinado subcampo del derecho administrativo, como, por ejemplo, el derecho de aguas, el urbanístico o el de los contratos del sector público o el de los sectores regulados.

Frente a esta consideración, se puede alegar que actualmente las salas de lo contencioso-administrativo, tanto de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>227</sup> como del Tribunal Supremo<sup>228</sup>, se organizan de forma que cada sección conoce de unas materias determinadas.

Esta objeción, sin embargo, no es convincente, puesto que la práctica de la abogacía y de la docencia a menudo ofrece aún más especialización que estas divisiones. Hay abogados que, a pesar de que ofrecen su asesoramiento en todo el campo del derecho administrativo, cuentan con una especialización dentro de la disciplina general del derecho administrativo, como pueden ser la contratación pública, el urbanismo, la expropiación forzosa o los sectores regulados, y lo mismo sucede con los académicos. Esto significa que a la hora de constituir un tribunal arbitral, se puede buscar al mayor especialista en un subsector concreto. A esta posibilidad se añade la opción de que los tribunales arbitrales pueden incorporar profesionales especializados legos en Derecho, que pueden ser de gran ayuda en los aspectos más técnicos, como sucede en el urbanismo con la arquitectura o en el medio ambiente con la química o la biología, por ejemplo.

---

<sup>226</sup> Karl Löwenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2.<sup>a</sup> ed. (Barcelona, 1976), 306-7.

<sup>227</sup> Ver, por ejemplo, el Anexo III del Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, relativo a la aprobación de las normas generales que han de regir la composición, funcionamiento y reparto de asuntos entre las secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, publicado en virtud del Acuerdo de 11 de abril de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 2019).

<sup>228</sup> Regla segunda del Acuerdo de 11 de diciembre de 2018, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, por el que se modifica la composición, funcionamiento y asignación de ponencias para el año judicial 2019 de la Sala Tercera, publicado en virtud del Acuerdo de 10 de enero de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (BOE núm. 16, de 18 de enero de 2019).

La especialización como justificación de que un asunto sea resuelto por un orden jurisdiccional en lugar de otro implica que la competencia será, por definición, relativa. El ejemplo de la jurisdicción social resulta especialmente ilustrativo. En la exposición de motivos de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), se contiene una manifestación explícita del legislador en el sentido de que la especialización constituye la razón por la que el conocimiento de una determinada materia se atribuye a un orden jurisdiccional y no a otro. El artículo 1 de esta ley prevé que los órganos de esta jurisdicción “conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias” (el subrayado es añadido).

Según la exposición de motivos, esta decisión de ampliar el ámbito de la competencia de la jurisdicción social y, por lo tanto, reducir el de la jurisdicción contencioso-administrativa, tiene fundamento en que la primera ofrece una “mayor especialización, conocimiento más completo de la materia social y marco procesal especialmente adecuado a los intereses objeto de tutela de este orden”. Hay que destacar que, si no fuera por una mención expresa, las controversias referidas en el último inciso del artículo 1 LRJS serían competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este sería el caso, por ejemplo, de todos los asuntos relacionados con la impugnación de actos administrativos en materia de seguridad social o de inspección de Trabajo.

Así pues, la jurisdicción contencioso-administrativa no es la única que se ocupa de conocer de las impugnaciones contra la actuación administrativa. En efecto, en ciertas materias del orden social, son los órganos judiciales de este orden quienes conocen de la acción judicial equivalente al recurso contencioso-administrativo<sup>229</sup>. En este sentido, resulta de interés observar que muchas de las sentencias que se estudian en la asignatura de derecho administrativo en Estados Unidos aquí seguramente no se tratarían por el simple hecho formal de que habrían sido dictadas por la sala de lo social en vez de la sala de lo contencioso-administrativo. Por ejemplo, la famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Goldberg vs Kelly*<sup>230</sup>, que trataba sobre un asunto de servicios sociales, es fundamental en la doctrina sobre *due process* y procedimiento administrativo y constituye uno de los casos más estudiados en la asignatura de derecho administrativo.

---

<sup>229</sup> Por esta razón ha quedado desfasado el ejemplo que utilizan García de Enterría y Fernández para hablar de los “elementos no administrativos incidentes en un acto administrativo”, el fenómeno de la prejudicialidad regulado en el artículo 4 LJCA. Concretamente, ponen el ejemplo de “la imposición de una sanción administrativa a un empresario por incumplimiento de la legislación laboral”. Según estos autores, “en estos casos hay (...) una cuestión laboral o civil que incide sobre el acto administrativo y sobre la que hay que tomar postura a los efectos de valorar correctamente la legalidad de dicho acto”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:87-88.

<sup>230</sup> 397 US 254 (1970).

Hay otros ejemplos de la relatividad de los límites de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: como la impugnación de los actos dictados en relación con la “Administración del Derecho privado”. Se trata, por ejemplo, de los cambios de nombre, o el control de las resoluciones de los Registradores de la Propiedad y de la Dirección General de los Registros y del notariado, que se ha calificado como una función “típicamente administrativa” pero cuyo control se atribuye a la jurisdicción civil<sup>231</sup>. Estas decisiones de atribución de competencia, pues, se deben a motivos de especialización o eficacia, y no a distinciones “filosóficas profundas”, por utilizar la expresión de John Bell.

En definitiva, no parece que se pueda erigir una barrera contra el arbitraje público afirmando que la jurisdicción contencioso-administrativa no puede ser sustituida porque es la que defiende el interés público. Como hemos visto, la atribución de competencias a la jurisdicción social o civil en materias que, teóricamente, formarían parte del ámbito contencioso-administrativo, demuestra que detrás de la división en órdenes jurisdiccionales, además de la tradición, se pueden identificar razones de eficacia y especialización. El arbitraje público resulta totalmente compatible con estos principios, puesto que puede llegar a ofrecer incluso más especialización que la que se puede hallar en la jurisdicción contencioso-administrativa.

#### **4. Cuestiones procesales específicas en los litigios en relación con el ejercicio de la autotutela**

A continuación, me referiré a diversas cuestiones procesales específicas que caracterizan las controversias que giran en torno al ejercicio de la autotutela, y que, según algunas posiciones, fundamentan la existencia de un orden judicial contencioso-administrativo. Prefiero no referirme a especificidades de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a cuestiones específicas de este tipo de procesos porque, como hemos visto, en el orden civil y en el social también se resuelven litigios que tienen que ver con un ejercicio previo de técnicas de autotutela administrativa, como los relacionados con el Registro de la Propiedad o Mercantil, o con asuntos de la seguridad social. Para simplificar, sin embargo, la doctrina habla generalmente de la inserción del contencioso-administrativo en el sistema de la autotutela<sup>232</sup>.

- a) Pronunciamiento posterior a una resolución dictada en virtud de la autotutela (el carácter impugnatorio del recurso contencioso-administrativo)

En primer lugar, los litigios con la Administración en los que se debate la legalidad de una actuación previa con técnicas de autotutela se definen por su carácter impugnatorio. En este sentido, García de Enterría y Fernández consideran que la singularidad de la jurisdicción contencioso-administrativa radica en la “específica problemática” que representa la necesidad

---

<sup>231</sup> Sobre las “materias ajenas” a la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de la cláusula general de competencia, ver García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:631-38.

<sup>232</sup> *Ibid.*, II:614-16.

de combinar el control de legalidad de la actuación administrativa con el respeto al ámbito propio de las instancias políticas, así como el carácter impugnatorio del recurso contencioso-administrativo, derivado del principio de autotutela<sup>233</sup>.

El carácter impugnatorio que normalmente presenta el recurso contencioso-administrativo contrasta con el papel que tradicionalmente han desempeñado los jueces del orden civil. En este orden, los tribunales de justicia ocupan un lugar quizá mucho más destacado, dado que son ellos –o los árbitros– los que, en caso de que los particulares no se pongan de acuerdo, determinan el alcance y contenido de sus relaciones jurídicas. El proceso juridificado de decisión es monopolio de los órganos judiciales o, en su caso, de los arbitrales.

En cambio, en el derecho administrativo, este proceso de decisión juridificado no es monopolio de los jueces y los árbitros. Por el contrario, cuando la Administración resuelve cualquier procedimiento, como uno relativo a una autorización o a una sanción, pasando por la resolución de recursos administrativos, debe hacerlo por vías marcadamente formalizadas y siempre basadas en derecho. De este modo, el pronunciamiento judicial se erige como una intervención *ex post*<sup>234</sup>.

En este sentido, hay que hacer hincapié en detalles que explican muchas cosas, como la terminología procesal. En el orden civil, el término para la acción procesal es el de “demanda” y la parte actora será la “demandante”. En el orden contencioso-administrativo, en cambio, la demanda es uno de los escritos que se presenta, pero el término general es el de “recurso contencioso-administrativo” y la parte actora será la “recurrente”. Por mucho que la doctrina y la jurisprudencia se esfuercen en insistir en el carácter plenario de la jurisdicción contencioso-administrativa, existen rémoras en la terminología que apuntan a la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia.

En relación con esta cuestión, García de Enterría y Fernández explican que el término de “recurso” se explica por el carácter impugnatorio que reviste la acción contencioso-administrativa, en la medida en que “se ataca la validez de un acto administrativo”. A pesar de que se emplea el mismo término que se establece en las leyes procesales, que regulan el recurso de apelación, casación, queja, etc., estos autores señalan que “no es, ciertamente, un recurso en el sentido procesal del término (impugnación de una decisión judicial previa), ni menos aún, contra lo que había pretendido la antigua doctrina, una casación<sup>235</sup>”. En

---

<sup>233</sup> “El *punctus saliens* de la justicia administrativa es mantener esa observancia de la Ley y el Derecho y respetar, a la vez, el ámbito propio de las competencias políticas y de sus agentes, responsables de la gestión de los intereses generales. Esto supone, en el plano estructural, el respeto del ejercicio previo de la autotutela administrativa como modo ordinario de intervención jurisdiccional en la actividad de la Administración. El recurso contencioso-administrativo adopta por ello con normalidad la técnica impugnatoria de actos o disposiciones previos ya dictados y normalmente en fase de ejecución”, *Ibid.*, II:616.

<sup>234</sup> Esto es así en la mayoría de los casos. Las excepciones serían los procesos contencioso-administrativos que tienen por objeto enjuiciar la inactividad de la Administración, la vía de hecho o la impugnación de desestimaciones de solicitudes por silencio administrativo.

<sup>235</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:574-75.

definitiva, a pesar de los esfuerzos dogmáticos que se han realizado para subrayar que no se trata de un recurso en el sentido habitual del término<sup>236</sup>, lo cierto es que, en la práctica, en el proceso contencioso-administrativo la parte actora no parte con ventaja, sino que deberá luchar contra ideas muy asentadas en los operadores jurídicos que favorecen a la Administración, aunque sea de forma inconsciente.

Otra manifestación de esta idea es el hecho de que los particulares gocen de un plazo general tan corto para impugnar la actuación administrativa (2 meses por norma general para interponer el recurso contencioso-administrativo)<sup>237</sup>. Más que el plazo para ejercer una acción civil parece el plazo para interponer un recurso de apelación o casación contra una sentencia judicial. La idea de “acto consentido” también va en esta línea, puesto que el hecho de que el particular no impugne un acto administrativo dentro del brevísimo plazo referido comporta que el mismo adquiera una fuerza parecida a la de cosa juzgada de las sentencias judiciales<sup>238</sup>.

Además, en la práctica, la posición del recurrente es notablemente más difícil que la del demandante en un juicio civil. En primer lugar, el artículo 39.1 LPAC contiene un principio fundamental en nuestro sistema: la presunción de validez de los actos administrativos. El proceso contencioso-administrativo ofrece herramientas suficientes como para desacreditar la legalidad de la actuación administrativa mediante la práctica de la prueba<sup>239</sup>, pero hay que

---

<sup>236</sup> Los mismos autores afirman que “El mismo nombre de «recurso», que presupone una resolución previa que se ataca, se siente ligado a este mecanismo” (refiriéndose al mecanismo de exigir la “provocación” un acto administrativo para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:620. En otro lugar, señalan, al hablar sobre el control de la discrecionalidad a través de los hechos determinantes, que, en España, hasta la promulgación de la Ley Jurisdiccional de 1956, imperaba la idea de que el recurso contencioso-administrativo era una especie de segunda instancia o de casación, procesos éstos en los que las posibilidades de prueba de los hechos son muy limitadas o nulas”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:517.

<sup>237</sup> En este sentido, los autores citados explican que los plazos fugaces a los que están sometidos los particulares que pretenden plantear una acción contencioso-administrativa se deben a “su inicial caracterización como una alzada o segunda instancia administrativa frente a la decisión primera de los órganos administrativos concebidos como «jueces privativos»”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:575.

<sup>238</sup> José Ramón Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, 25.ª ed., vol. II (Madrid: OPEN Ediciones Universitarias, 2015), 37.

<sup>239</sup> García de Enterría y Fernández critican el otorgamiento de una excesiva fuerza a la llamada presunción de legalidad de los actos administrativos:

“aunque técnicamente se haya construido, como instrumento operativo de la autotutela, una «presunción de legalidad de los actos administrativos» (presunción *iuris tantum*, como ya sabemos), en el plano real tal presunción dista de estar normalmente justificada. La autotutela, como dice su nombre, supone la decisión o la ejecución en favor de derechos o intereses propios, de modo que más bien podría suponerse normalmente una actuación parcial y no objetiva. Sólo la heterotutela jurisdiccional, por el hecho de ser impartida por órganos independientes (vinculados sólo a la Ley, sin otra función que la jurisdiccional, sin ninguna dependencia jerárquica, y además inmunes a los órganos propiamente políticos) y neutrales (supraordenados al conflicto), puede beneficiarse de una presunción general de objetividad que, al hacerse *iuris et de iure* (art. 1.252 CC), convierte a sus decisiones en definitivas e inmutables, en «fuerza de cosa juzgada», García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:574.

admitir que es muy distinto acudir a un tercero imparcial, que decidirá sobre una controversia “virgen” desde el punto de vista jurídico –como puede ocurrir en una disputa contractual-, que llegar al procedimiento arbitral o judicial una vez se ha dictado una resolución administrativa con presunción de validez. Además, esta aparece a menudo pertrechada de informes técnicos e incluso se ve reforzada, en algunos casos con dictámenes de órganos consultivos.

De este modo, la dificultad de cuestionar una actuación administrativa previa se deriva sobre todo de una circunstancia fáctica, que es la apariencia de corrección derivada de la *auctoritas* de la Administración, que le proporciona su cuerpo de técnicos. En este sentido, el magistrado de lo contencioso-administrativo Eduardo Paricio ha señalado que la “Administración dispone de recursos económicos y normalmente de cualificados defensores a cargo del erario público, dispara con pólvora del Rey. Dispone también sin coste de técnicos cuyos informes se imponen de ordinario a los peritajes de particulares<sup>240</sup>”.

Todo esto indica que el particular que acude al proceso contencioso-administrativo paradigmático parte de una situación de clara desventaja. En efecto, a no ser que se esté impugnando una vía de hecho o la resolución impugnada sea manifiestamente infundada, no es realista esperar que, en la práctica, al juez contencioso-administrativo le aparezcan igual de razonables, *a priori*, las dos posiciones, como sí puede ocurrir en el orden civil. En este sentido, la posición del particular en el proceso se parece mucho a la del recurrente en apelación o casación civil, dado que debe atacar una decisión previa que goza de presunción de legalidad y acierto.

Incluso García de Enterría y Fernández, que despliegan un gran esfuerzo para subrayar el auténtico carácter jurisdiccional del proceso contencioso-administrativo y, en paralelo, negar el carácter jurisdiccional del procedimiento administrativo<sup>241</sup>, admiten que diversos elementos acercan las potestades administrativas a las jurisdiccionales, como la “procedimentalización formal de la actuación administrativa”, “una actuación escrita y formal generalizada”, la “necesidad de una motivación mediante relación de hechos y fundamentación jurídica de las declaraciones administrativas ejecutorias que restrinjan derechos o resuelvan conflictos (art. 54 LPC) y en todo caso de las ejecuciones (art. 93 LPC)”,

---

<sup>240</sup> «El oficio del juez de la Administración», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 81 (2019): 11.

<sup>241</sup> Estos mismos autores, sin embargo, niegan con rotundidad que exista una “potestad administrativa jurisdiccional, porque jurisdicción supone neutralidad e independencia en los órganos que la imparten, heterotutela, como ya hemos notado, y validez definitiva (fuerza de cosa juzgada) en lo decidido o ejecutado, notas ambas que no se dan en los fenómenos de tutela ejercida por la Administración. No hay, en efecto, neutralidad e independencia, porque la Administración protege **sus propios derechos o intereses** (o, en los **casos excepcionales que hemos tipificado de abusos o desviación de la autotutela**, derechos o intereses ajenos, aunque sin independencia en el sentido jurisdiccional del concepto y, por supuesto, sin valor de cosa juzgada definitiva). El equívoco ha podido sostenerse porque la tutela jurisdiccional y la administrativa son las dos tutelas efectivas de derechos, pero el alcance de una y otra varía de manera sustancial, como luego habremos de notar”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:571.

así como el hecho de que “las decisiones administrativas que declaran derechos se asemejen por su inmutabilidad a las decisiones judiciales<sup>242</sup>”.

En definitiva, por mucho que la doctrina haya insistido en negar que el proceso contencioso-administrativo sea una segunda instancia, se debe reconocer que, en los litigios en torno al ejercicio de la autotutela, el proceso contencioso-administrativo se abre una vez la Administración ya se ha pronunciado formalmente sobre el caso. Así pues, el juez contencioso-administrativo no es, en general, el primer “llamado” a interpretar la ley, sino que su intervención generalmente se produce después de una primera interpretación y aplicación del Derecho por parte de la Administración.

¿Significan todas estas consideraciones que debe existir una jurisdicción especializada para hacer frente a este aspecto? En mi opinión, el ejemplo de los Estados Unidos demuestra que no. Los tribunales de justicia federales americanos, que son “ordinarios”, han creado ciertas doctrinas como la de la *deference*, a la que aludiremos a continuación, para tomar en consideración las especificidades que puede plantear un conflicto con una Administración en el que se haya ejercido la autotutela. Es decir: el hecho de que sea un juez “ordinario” el que debe decidir en un proceso en relación con el ejercicio de la autotutela no significa que no pueda responder a las necesidades especiales que puede plantear un conflicto de este tipo.

Si esto es así, entonces el carácter impugnatorio que reviste habitualmente el proceso contencioso-administrativo (o procesos civiles o sociales análogos) no se muestra, de entrada, como un obstáculo para el arbitraje público. El tribunal arbitral simplemente deberá aplicar los mismos principios que han desarrollado los jueces contencioso-administrativos cuando se han enfrentado a litigios en los que la Administración ha intervenido previamente con prerrogativas de autotutela.

## b) Deferencia judicial

Otro elemento que se suele destacar como propio de la jurisdicción contencioso-administrativa es la deferencia que muestran los jueces de este orden hacia ciertas decisiones de la Administración. En efecto, en relación con ciertas interpretaciones de la ley realizadas en ejercicio de una potestad administrativa, los jueces muestran una actitud poco intervencionista. Esta actitud consiste, en esencia, en anular y, en determinados supuestos, sustituir cierto tipo de decisiones de la Administración solo cuando se demuestra que esta ha rebasado el margen de apreciación de que dispone según la ley.

En vez de hablar de discrecionalidad administrativa, que es el término tradicional para referirse a este fenómeno, prefiero utilizar la expresión de deferencia judicial, puesto que engloba tanto a la doctrina del respeto por parte del juez a los elementos discrecionales de la decisión administrativa como la práctica de los jueces de deferir a la Administración la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, en los que se realiza un juicio

---

<sup>242</sup> Ibid., I:572-73.

“valorativo” o “cognoscitivo”. Se trata, en fin, de reconocer que “tanto la discrecionalidad como los conceptos jurídicos indeterminados son manifestaciones de un mismo fenómeno: *la concreción de normas abiertas, en fase aplicativa, por la Administración*”<sup>243</sup>.

Los límites de este margen de apreciación de la Administración vienen marcados por distintos principios o doctrinas, como el de la interdicción de la arbitrariedad, el control de los hechos determinantes o el respeto a los derechos fundamentales. En su virtud, el órgano judicial puede anular y, en determinados supuestos, sustituir la decisión administrativa, pero el punto de partida, en los supuestos de deferencia judicial, pasa por otorgar preeminencia a la interpretación realizada en primer lugar por la Administración.

La figura de la deferencia judicial se explica por diferentes razones. Según Peter Cane, cuando los tribunales de justicia controlan el ejercicio del poder público, adoptan una perspectiva diferente que la que utilizan en relación con “cuestiones puramente privadas” por una razón que puede parecer obvia: ellos mismos también son instituciones públicas. Mientras que en los asuntos de los particulares los tribunales son los primeros llamados a interpretar, aplicar y hacer cumplir el derecho, en los asuntos administrativos, desempeñan un papel distinto. En estos casos, la “responsabilidad principal” pesa sobre la Administración, de modo que, al resolver controversias en relación con la actuación administrativa y al revisar cómo se están ejecutando las distintas misiones que tiene la Administración, adoptan un punto de vista más restrictivo en cuanto a su función de interpretar y aplicar el derecho, “en reconocimiento del papel central de la Administración”<sup>244</sup>. Así pues, según Cane, en los casos de derecho administrativo inglés, el grado de control es distinto respecto al adoptado en disputas entre particulares, porque existe mayor deferencia hacia la Administración.

En los Estados Unidos, la doctrina de la “*deference*” hacia las interpretaciones de las leyes realizadas por las “*agencies*” es de una gran importancia<sup>245</sup>. En este sistema, en el que no existe una jurisdicción especializada para lo contencioso-administrativo, Adrian Vermeule ha llegado a afirmar que se ha producido una “abdicación del Derecho” en los asuntos contencioso-administrativos, en el sentido de que se ha acabado imponiendo la visión de que los tribunales de justicia, en representación del “imperio del Derecho”, han acabado

---

<sup>243</sup> Para una completa explicación de la evolución de la doctrina unitaria de la discrecionalidad hacia la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el posterior retorno a la primera, ver Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 241-52.

<sup>244</sup> Cane, *Administrative Law*, 5.

<sup>245</sup> El *landmark case* en esta materia es la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Para una explicación de su importancia, Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 493.

“abdicando” a favor de la Administración y que lo han hecho por las fuerzas y razones intrínsecas al propio sistema jurídico<sup>246</sup>.

En España, los jueces y tribunales contencioso-administrativos ejercen, por norma general, un control plenario de la actuación administrativa, de mayor intensidad que el que ejercen los tribunales de sistemas anglosajones. Con todo, igualmente adoptan, por fuerza, un papel distinto que el de los jueces de la jurisdicción civil. En efecto, no es lo mismo decidir sobre un asunto que ya ha tenido una respuesta formalizada del sistema institucional, a través de las técnicas de autotuela, que decidir sobre un conflicto como el civil que, antes de llegar al juez, no ha salido del ámbito particular de las partes. De este modo, la cuestión del carácter impugnatorio del recurso contencioso-administrativo, que veíamos en el anterior apartado, se muestra estrechamente unida a la de la deferencia judicial.

También resulta aplicable aquí la consideración de García de Enterría y Fernández, citada en el anterior apartado, de que los jueces contencioso-administrativos intentan combinar la supervisión de la actuación administrativa desde el punto de vista jurídico con el respeto al “ámbito propio de las instancias políticas”. Esta es la segunda razón por la que puede explicarse la actitud deferente de los jueces hacia las decisiones administrativas. Esta explicación, no obstante, solo es aplicable a los ámbitos en los que la intervención de la Administración se explica por su mayor legitimidad democrática<sup>247</sup>. En efecto, la “legitimidad técnica” de la Administración no opera con la misma fuerza frente a los tribunales de justicia. En efecto, en ámbitos como el de los sectores regulados (telecomunicaciones, energía...), los tribunales contencioso-administrativos han adoptado una perspectiva menos deferente, guiados por la jurisprudencia del TJUE sobre estas cuestiones<sup>248</sup>.

En estos supuestos, no puede afirmarse que la deferencia desaparezca, pero su grado de intensidad es menor, seguramente por el hecho de que los jueces, con la ayuda de dictámenes periciales, pueden acercarse a la posición de la Administración en cuanto a conocimientos técnicos. En cambio, nunca podrán acercarse a la posición de la Administración por lo que se refiere a su legitimidad democrática, que siempre será de carácter más directo que la de los órganos judiciales. Por poner un ejemplo, los jueces se sentirán más “cómodos” para ejercer un control más intenso en una controversia en la que se deba interpretar conceptos jurídicos

---

<sup>246</sup> Adrian Vermeule, *Law's Abnegation: from Law's Empire to the Administrative State* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016). Existe traducción al castellano: Adrian Vermeule, *La abdicación del Derecho. Del imperio del Derecho al Estado administrativo*, trad. Luciano Parejo Alfonso (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018).

<sup>247</sup> Ver capítulo III.3.c).

<sup>248</sup> Un ejemplo de esta tendencia es la STS 1857/2018, de 20 de diciembre (Sala de lo Contencioso-administrativo), de la que se ha dicho que establece “un nivel alto de control judicial de la racionalidad, consistencia, coherencia y carácter propio de los análisis del regulador, más allá de un estrecho control del error manifiesto, sin que por eso deban dejarse de reconocer los límites del control judicial de no sustitución de las apreciaciones económicas complejas (...). Así pues, ante la disyuntiva de deferencia o control pleno sin mayores matices, la sentencia comentada aquí perfila un control judicial exigente, en unos términos que siguen literalmente determinada jurisprudencia del TJUE”, T. Font i Llovet et al., «Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, n.º 208 (2019): 272-73.

(indeterminados) como “altura reguladora máxima” o “edificabilidad”, que entrañan un debate de marcado carácter técnico, pericial, no de juicios valorativos. En estos casos, el control jurisdiccional de la actuación administrativa en estos casos será plenario, sin matices. Se considera que la administración ejerce una “potestad reglada” y por lo tanto el juez o tribunal contencioso-administrativo podrá sustituir su decisión si el recurrente consigue desacreditar la procedencia de la misma mediante las pruebas periciales oportunas y una argumentación jurídica que convenza al juez o tribunal. En cambio, los jueces de lo contencioso-administrativo mostrarán más precaución en un litigio en el que el recurrente cuestiona la “utilidad pública” de la expropiación. En un proceso de este tipo, es más difícil acreditar que la decisión de la Administración no ha respetado los límites de su margen de apreciación.

Frente a estas explicaciones, sin embargo, se pueden plantear algunos matices importantes. Hay que tener en cuenta que, como destacó García de Enterría, los conceptos jurídicos indeterminados no solo se encuentran en el derecho administrativo sino que también en el derecho privado, en el penal o en el laboral<sup>249</sup>. En muchos de estos casos, los jueces civiles no entran a analizar de forma “plenaria” la interpretación realizada por la persona jurídica o física en primer lugar si esta se mantiene dentro de ciertos límites, como la prohibición de arbitrariedad o la mala fe. Pensemos, por ejemplo, en la doctrina de la “discrecionalidad empresarial” (“*business judgment rule*”), a la que ya he aludido anteriormente. En todos estos supuestos, el juez civil adopta una actitud equivalente a la del juez contencioso-administrativo en relación con los litigios en los que el punto de partida es la deferencia hacia la decisión administrativa. En efecto, se otorgará un margen de apreciación relevante en la interpretación de conceptos indeterminados como “interés social” en una acción contra un acuerdo social mercantil, o en una acción de responsabilidad contra un administrador, aplicando la doctrina de la “discrecionalidad empresarial”.

En vista de lo expuesto, no parece razonable justificar la necesidad de una jurisdicción especializada en la supuesta distinción consistente en una diferente actitud de los jueces: más “deferente” y limitada (*constrained*) en el caso de los jueces contencioso-administrativos y más intensa en el caso de los jueces civiles. La diversidad de actitudes que puede adoptar el juez en el proceso frente a interpretaciones jurídicas realizadas con anterioridad al mismo (acto administrativo, decisión del órgano de administración de una sociedad...) se halla presente tanto en el orden civil como en el contencioso-administrativo.

Como se ha dicho anteriormente, John Bell considera que muchas normas del proceso contencioso-administrativo coinciden sustancialmente con las del proceso civil, pero reconoce que existen algunos rasgos concretos de los conflictos administrativos que merecen

---

<sup>249</sup> «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista española de derecho administrativo*, n.º 89 (1996): 80-81. Esta es una de las obras mencionadas por Muñoz Machado al dar cuenta de la crisis de la teoría del margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados como algo contrapuesto a la potestad discrecional, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 247-48.

un tratamiento específico en sede judicial. Como ejemplo, explica que las reglas procesales en torno a las decisiones discrecionales administrativas difieren de las relativas al ejercicio de poderes dentro de las sociedades mercantiles o las asociaciones<sup>250</sup>.

No obstante, creo que esta consideración de Bell no impide llegar a la conclusión de que la actitud de los jueces civiles y contencioso-administrativos frente al fenómeno de la “discrecionalidad” (ya sea empresarial, en el primer caso, o administrativa, en el segundo) comparte ciertas características. Evidentemente, en el caso de la deferencia hacia decisiones discrecionales administrativas podrán concurrir elementos que no se dan en el proceso civil, como la presencia de una legitimación democrática<sup>251</sup>, pero sí pueden concurrir rasgos comunes, como la presencia de una “legitimidad técnica” (se parte de la base de que el órgano de administración de la sociedad mercantil adopta sus decisiones sobre la base de criterios económicos racionales).

En definitiva, el proceso contencioso-administrativo puede caracterizarse por una mayor frecuencia de actitudes “deferentes”, pero estas mismas actitudes o perspectivas también son adoptadas en algunos casos por los jueces civiles, y también podrían ser asumidas por los árbitros. Como hemos visto, en Estados Unidos o en Inglaterra no existe un orden jurisdiccional equiparable a nuestro contencioso-administrativo, y ello no ha impedido que los tribunales “ordinarios” adopten esta perspectiva deferente, que tiene en cuenta el hecho de que ha habido un procedimiento administrativo previo<sup>252</sup>. De hecho, se ha señalado que los jueces de los sistemas judiciales donde existe una jurisdicción especializada son más “activistas” que aquellos en los que no existe. En opinión de Michael Asimow, los jueces especializados en Derecho administrativo serán más sensibles a los eventuales abusos de poder<sup>253</sup>.

Así pues, si la especialización de los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo los ha llevado a reducir cada vez más el ámbito en el que se muestran deferentes hacia las decisiones administrativas, el arbitraje, que permite que los miembros del tribunal tengan una especialización técnica aún mayor, no puede resultar problemático. En efecto, en los

---

<sup>250</sup> Bell, «Comparative Administrative Law», 1280.

<sup>251</sup> En efecto, la legitimidad democrática de la Administración explica el reconocimiento de un margen de apreciación de la Administración a la hora de interpretar conceptos como “interés público” o “utilidad pública”, presentes en muchos supuestos de la legislación de expropiación forzosa o en el urbanismo, entre otros ámbitos.

<sup>252</sup> Según el esquema que presenta Michael Asimow, la actitud predominantemente deferente de los jueces norteamericanos respecto a las decisiones administrativas objeto de recurso judicial se explica por el énfasis que el sistema norteamericano (modelo 1 en el artículo) pone en la fase inicial del *continuum* de la justicia administrativa. Por norma general, en este sistema los abogados centrarán sus esfuerzos en la fase decisoria que tiene lugar ante la propia Administración. Michael Asimow, «Five Models of Administrative Adjudication», *American Journal of Comparative Law* 63, n.º 1 (15 de abril de 2015): 13-14 Los rasgos “adversariales” de este estadio no se dan en el modelo que predomina en el continente europeo (modelo 5). En paralelo, la fase de revisión judicial del acto administrativo no es abierta sino “cerrada” en cuanto a la presentación de nuevas pruebas y motivos, al contrario de lo que ocurre, generalmente, en el sistema continental.

<sup>253</sup> Sin embargo, *Ibid.*, 25.

supuestos en los que los jueces contencioso-administrativos se han mostrado deferentes hacia los juicios de la Administración por razones de legitimidad técnica, los tribunales arbitrales podrán ofrecer incluso una mejor protección del derecho a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, puesto que podrán incorporar técnicos no juristas, que no den por sentada la corrección de los aspectos técnicos presentes en la actuación de la Administración.

En cambio, en los casos en los que la deferencia se debe a la legitimidad democrática que reviste la actuación administrativa en algunos campos, los tribunales arbitrales no podrán ir más allá que los tribunales de justicia. Precisamente, la delimitación del campo de acción del arbitraje creo que puede decidirse, entre otros criterios, a partir de este hecho. Como explicaré en el capítulo VII, uno de los criterios orientativos de arbitrabilidad consiste en valorar si se confía a los árbitros la resolución de conflictos en los que esté implicada la tarea de acotar el margen de deferencia que debe otorgarse a la Administración, cuando su actuación está impregnada de “legitimidad democrática”. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que este criterio se basaría en última instancia en consideraciones de oportunidad, y no constituye, en ningún caso, un impedimento de carácter general para el arbitraje.

### c) Legitimación procesal

La cuestión de la legitimación procesal en la jurisdicción contencioso-administrativa es capital para este trabajo. Muchos recelos hacia el arbitraje público parecen tener origen en la –supuestamente- diferente configuración de la legitimación en el proceso contencioso-administrativo respecto al proceso civil.

Según John Bell, los sistemas de *common law* no distinguen entre Derecho público y privado desde el punto de vista de la actividad –como sucede en la tradición francesa o en la de países como España o Italia, influenciadas por la primera<sup>254</sup>- o del tribunal que es competente para conocer de la pretensión, sino que se diferencia entre “*public law remedies and private law remedies*”. La distinción se establece entre las diferentes fórmulas disponibles, en relación, por ejemplo, con la legitimación procesal (*standing*). Así, en el caso de las acciones de derecho privado, normalmente el ámbito de legitimados incluirá únicamente la parte que ha celebrado el contrato o quien ha sufrido el daño, mientras que en las acciones de derecho público, habitualmente el ámbito de legitimados será mayor, porque habrá un círculo más amplio de personas que se considera que tienen un interés legítimo en la actuación impugnada, incluso aunque no tengan ningún “derecho” afectado en sentido estricto<sup>255</sup>.

Ciertamente, numerosos casos contencioso-administrativos surgen a raíz de una decisión administrativa que puede atraer a un número indeterminado de interesados: desde competidores, consumidores, ambientalistas, vecinos... En cambio, el conflicto privado

---

<sup>254</sup> Bell, «Administrative Law in a Comparative Perspective», 289.

<sup>255</sup> Ibid., 291.

paradigmático solo implica a las partes del contrato, a la víctima del daño y a su causante y aseguradora, a los socios de una sociedad mercantil, etc. Es decir, parecería que en el proceso contencioso-administrativo predomina la indeterminación del ámbito subjetivo de afectados mientras que, en el proceso civil, predomina el fenómeno contrario, su clara identificación.

Este esquema es sugerente y práctico para intentar simplificar el panorama pero, como ocurre a menudo, la realidad es más compleja. En primer lugar, en nuestro sistema, como se señalará en el siguiente capítulo, rige el principio de la justicia administrativa como una justicia dirigida principalmente a proteger los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, y no el de una justicia pensada para garantizar la legalidad de la totalidad de la actuación administrativa. La acción pública es la excepción, no la regla.

En esta línea, conviene tener presente que, en muchos conflictos administrativos, el ámbito de sujetos legitimados para el proceso contencioso-administrativo puede ser muy limitado (un procedimiento para adjudicar un contrato de concesión de gestión de servicios en el que sólo hay dos candidatos, por ejemplo<sup>256</sup>). La controversia puede que resulte interesante a toda la sociedad por su trascendencia en cuanto a los recursos públicos en juego, o en relación con diferentes perspectivas sobre al modo de gestionar los servicios públicos, pero, procesalmente, el ámbito de legitimados es muy restringido.

Además, aunque se admite que en los supuestos de acción pública “los recurrentes ocupan la posición del Ministerio Fiscal sin que luchen necesariamente por propios intereses o derechos”, se trata de “una técnica de protección de derechos colectivos, en el sentido del artículo 7.3 LOPJ, de modo que tampoco se excluye en absoluto el aspecto subjetivo de la tutela y de la acción y, por tanto, de las eventuales sentencias, que ninguna razón puede justificar que tengan que ser meras sentencias declarativas, sin pronunciamientos de condena, y así lo prueba la numerosa y uniforme jurisprudencia existente en toda esa materia)<sup>257</sup>”.

En segundo lugar, no se puede ignorar que existen procesos que tienen lugar en la jurisdicción civil que tienen un ámbito de legitimados difuso, tal y como reconoce la propia LEC en su artículo 11.3, respecto a la legitimación exclusiva de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender los intereses difusos de los mismos. Cabe pensar también en el fenómeno de las *class actions* en el sistema jurídico norteamericano o en el ámbito más o menos difuso de acreedores concursales.

En definitiva, una vez más, se demuestra como la división nítida entre mundo privado y administrativo tampoco puede realizarse a partir de una distinción absoluta entre la configuración de la legitimación procesal y, por lo tanto, tampoco justifica la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, incluso si se admitiera la posibilidad

---

<sup>256</sup> Un caso famoso es el de la adjudicación del contrato de gestión de servicio de abastecimiento de agua en alta “Ter-Llobregat” por parte de la Administración de la Generalitat de Cataluña (STS de 20 de febrero de 2018, Sala de lo Contencioso-administrativo, recurso de casación núm. 2725/2015, RJ 2018\835).

<sup>257</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:619.

de trazar esta distinción, esta no representaría, por sí misma, un impedimento para la utilización del arbitraje en los conflictos del sector público. Tal y como explicaré más adelante<sup>258</sup>, el arbitraje público podría reproducir los mecanismos que prevé la LJCA para emplazar a todos los posibles interesados en un proceso concreto. El requisito añadido consistiría en que todos los emplazados que quisieran comparecer en el proceso aceptaran resolver la controversia mediante arbitraje.

---

<sup>258</sup> Capítulo VII.3.

## V. ARBITRAJE PÚBLICO Y CONSTITUCIÓN

### 1. Introducción: los principios constitucionales como parámetro

Para que el arbitraje público se convierta en realidad, debe comprobarse que se ajusta a los principios y reglas constitucionales vigentes. No basta sostener, como es común en muchos autores, que su implantación es necesaria porque paliará el colapso del sistema judicial estatal, y dejar de lado la cuestión de si, más allá de este efecto positivo colateral, es una institución válida desde el punto de vista constitucional.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en ninguna ocasión sobre la compatibilidad del arbitraje público con la Constitución, de modo que solo podemos partir de las distintas aportaciones doctrinales que se han formulado. Para Bustillo Bolado, la cuestión que aquí abordamos dista de tener una solución “apodíctica”, puesto que existen argumentos para sostener posturas encontradas y será el TC quien decida en última instancia, en una decisión donde pesarán “argumentos metajurídicos”<sup>259</sup>. Efectivamente, en la regulación legal del arbitraje público pesarán “argumentos metajurídicos”, como ocurre con toda ley<sup>260</sup>. Sin embargo, el análisis que llevaría a cabo el TC, si tuviera que pronunciarse sobre la cuestión, se basaría en argumentos de derecho constitucional, de modo que el debate no puede despacharse simplemente con la constatación de que “pesarán argumentos metajurídicos”.

En este capítulo trato las cuestiones de carácter constitucional que plantea la institución del arbitraje público. A fin de contextualizar el análisis, primero me refiero a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje privado (epígrafe 2). Seguidamente, en el epígrafe 3, explico por qué el colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa no puede constituir un argumento a favor del arbitraje público. Esta institución está orientada a una realización más amplia y profunda del derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos (epígrafe 4), pero esto no significa que no siga siendo exigible que el sistema judicial funcione adecuadamente.

En los epígrafes 5 y 6 examino los principios recogidos en el artículo 103.1 CE que resultan relevantes para el arbitraje: el principio de legalidad y el de la satisfacción del interés general con objetividad. En el epígrafe 7 abordo el precepto constitucional que seguramente tiene

---

<sup>259</sup> *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 460. En un sentido similar, Luciano Parejo señala que “[l]a cuestión de la “arbitrabilidad” de los contenciosos administrativos está, pues, por resolver definitiva y adecuadamente; resolución que debe producirse en sede constitucional, dado el carácter de institución básica de la organización del Estado en su conjunto de la Administración pública”, «Algunas reflexiones sobre el “arbitraje administrativo”, a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 1 (1999): 22.

<sup>260</sup> Esta es la argumentación que desarrollo en los capítulos VI y VII, en el sentido de que los criterios de arbitrabilidad dependen en gran medida de consideraciones de oportunidad.

mayor relevancia para el debate: el artículo 106.1 CE, que, según algunos autores, establece una reserva de jurisdicción contencioso-administrativa que impediría el arbitraje público.

A continuación, en los epígrafes 8 y 9 abordo, respectivamente, la compatibilidad del arbitraje público con el principio democrático y la cuestión de si esta institución requiere una ley general que la regule para que sea constitucional.

Finalmente, y a pesar de que no se trate de cuestiones “constitucionales” en sentido estricto, en los epígrafes 10 y 11 examino la adecuación del arbitraje público al derecho de la Unión Europea y al derecho internacional, en especial a la Convención de Nueva York de 1958<sup>261</sup>.

## 2. Arbitraje privado y Constitución

Generalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina han analizado la constitucionalidad del arbitraje tradicional entre particulares, de derecho privado, a partir de la interpretación de los artículos 24 y 117.3 de la norma fundamental, con un resultado favorable para el arbitraje. Sin duda, los elementos que han conducido a esta conclusión son relevantes para analizar la constitucionalidad del arbitraje público, por lo que merece la pena detenerse en esta cuestión.

El TC ha adoptado una visión ecléctica consistente en concebir el arbitraje como un “equivalente jurisdiccional” que, sin embargo, se fundamenta en la autonomía de la voluntad (en contraposición a la idea de jurisdicción, que fundamenta su obligatoriedad en la misma idea de Estado de Derecho)<sup>262</sup>. A pesar de que el arbitraje privado tenga efectivamente un origen contractual —el convenio arbitral, el resto de sus elementos (efectos de cosa juzgada, ejecución, control ulterior limitado por parte de los Tribunales) responden a la idea de proporcionar un “equivalente jurisdiccional”. En la medida en que el principio de autonomía de la voluntad encuentra dificultades para su transposición al ámbito del sector público, el arbitraje público debe ser concebido desde el punto de vista “jurisdiccionalista”, en coherencia con el principio constitucional que lo orienta e inspira: el derecho a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, tal y como explicaré en el epígrafe 4 de este mismo capítulo.

Este carácter de “equivalente jurisdiccional” se basa, según el TC, en el hecho de que “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)”<sup>263</sup>. Como consecuencia de dicha afirmación, el TC ha entendido que este “procedimiento

---

<sup>261</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York).

<sup>262</sup> Según el ATC 259/1993, de 20 de julio, *Juliana Constructora Gijonesa*, “Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente”.

<sup>263</sup> En este sentido, y por todas, STC 62/1991, de 22 de marzo, *Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario*, FJ 5.

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 lo que lo ha vinculado con las competencias en estas materias atribuidas exclusivamente al Estado de acuerdo con el artículo 149.1.6 CE<sup>264</sup>.

Partiendo de esta concepción ecléctica del arbitraje, el TC entiende que la institución es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, protegido en el artículo 24 CE, porque es una expresión de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). Los particulares, en ejercicio de su libertad, pueden decidir someter las controversias que surjan entre ellos a un arbitraje.

De este modo, el TC ha puesto el acento sobre el carácter “prestacional” del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no impide en ningún caso que los particulares opten por sistemas alternativos de resolución de conflictos, siempre que estén basados en el consentimiento de las partes. El alto tribunal dejó claro, en su sentencia sobre la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que un arbitraje que no se basara en el consentimiento mutuo de las partes no resultaba conforme con la Constitución<sup>265</sup>. En esta sentencia, el TC anuló la previsión de dicha ley<sup>266</sup>, según la cual, para ciertos conflictos de escasa cuantía, el acceso a la jurisdicción estaba cerrado, a no ser que existiera pacto expreso de las partes. Y es que, según el Tribunal, la “autonomía de la voluntad (...) constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta”.

La STC 1/2018, de 11 de enero, es la última sentencia del TC sobre la cuestión, y se inscribe en la misma línea jurisprudencial. Declara nulo el artículo 76.e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, que preveía un arbitraje obligatorio para la compañía aseguradora, en caso de que el asegurado quisiera llevar el conflicto ante un árbitro, en vez de presentar una demanda judicial. Según el TC, la ley prescindía de la voluntad de una de las partes en el arbitraje, por lo que vulneraba la doctrina constitucional en la materia.

Huergo Lora ha identificado otro límite constitucional para el arbitraje privado relacionado con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Para este autor, el arbitraje, en general, “sólo es admisible si y en la medida que haya sido reconocido y regulado expresamente, y

---

<sup>264</sup> Se ha señalado que la legislación arbitral española no adoptó la perspectiva jurisdiccionalista del arbitraje hasta la aprobación de la LArb 1988, entendiendo esta institución como “jurisdicción”, en el sentido de “determinación irrevocable del Derecho en un caso concreto”, Jordi Nieva Fenoll, «Las materias indisponibles en el arbitraje», en *Jurisdicción y proceso*, ed. Jordi Nieva Fenoll (Madrid, 2009), 832.

<sup>265</sup> STC 174/1995, de 23 de noviembre, *Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*, FJ 3.

<sup>266</sup> Art. 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT).

además por una Ley<sup>267</sup>”. La tesis de este autor se basa en el carácter irrenunciable del derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Según su punto de vista, el arbitraje implica que se renuncia al ejercicio de este derecho, y esta renuncia solo será válida si una ley la ampara. Esta idea no es irrazonable, pero lo cierto es que el arbitraje cuenta con una regulación legal desde hace mucho tiempo y nada hace pensar que esta cobertura legal vaya a desaparecer. De hecho, el funcionamiento del arbitraje como equivalente jurisdiccional sería imposible, en tal caso, puesto que requiere que una ley otorgue al laudo el mismo valor que una sentencia judicial.

En definitiva, el límite que encuentra el arbitraje privado en el artículo 24.1 CE es el requisito de que siempre se conciba como un medio alternativo de resolución de conflictos de carácter voluntario. Si una de las partes en la controversia no ha prestado su consentimiento, el arbitraje no se podrá celebrar. De este modo, cualquier ley que establezca un arbitraje entre particulares –detalle importante-, que no requiere del consentimiento de todas las partes implicadas, será inconstitucional.

El otro precepto constitucional relevante en el debate sobre la constitucionalidad del arbitraje privado es el artículo 117.3 CE, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

Se ha interpretado que la reserva de jurisdicción en favor de jueces y Tribunales establecida por el precepto citado opera frente al poder legislativo y ejecutivo, pero no frente a los particulares, que tienen derecho a elegir la forma de dirimir las controversias que puedan surgir entre ellos. Es decir, se trata de entender la reserva de jurisdicción en el sentido defendido por Santiago Muñoz Machado en su obra homónima<sup>268</sup>.

Huergo Lora explica como, en Alemania, la reserva de jurisdicción que establece el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn (*GG –Grundgesetz-*) se ha interpretado en el mismo sentido respecto al arbitraje privado, y destaca el argumento histórico para dicha interpretación: “los constituyentes conocían perfectamente la institución arbitral, aprobada en todas las épocas por el ordenamiento jurídico estatal e integrada en él a través de la ejecución forzosa de los laudos, y sólo se podría sostener que la *GG* pretende excluir el arbitraje si se hubiese manifestado de alguna forma una voluntad constitucional en ese sentido, cosa que no se produjo. Además, se entendió que el artículo 92 *GG*, al utilizar la expresión “poder judicial”, se refiere a la actividad jurisdiccional estatal, para reservarla a los

---

<sup>267</sup> *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 169.

<sup>268</sup> *La reserva de jurisdicción* (Madrid: La Ley, 1989). En esta obra, Muñoz Machado defiende que la Constitución establece una reserva de funciones a favor del poder judicial que no puede ser invadida ni por el poder legislativo ni por la Administración. En este sentido, debe entenderse que la reserva de jurisdicción que defiende el autor opera entre los distintos poderes constitucionales, y no frente a los árbitros.

jueces con exclusión del ejecutivo, y no a actividades privadas materialmente jurisdiccionales, entre las que se incluye el arbitraje<sup>269</sup>».

En esta misma línea, Juan Montero Aroca explica que, a pesar de que a primera vista la redacción literal del artículo 117.3 parecería impedir el arbitraje, una interpretación de contexto e histórica lleva a la conclusión contraria. En este sentido, recuerda que la Constitución de Cádiz también establecía una reserva de jurisdicción del poder judicial frente al poder ejecutivo y al legislativo (art. 242), pero, a la vez, reconocía el derecho fundamental a someter controversias a arbitraje (arts. 280 y 281)<sup>270</sup>.

En estrecha conexión con la argumentación respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el TC entiende que el arbitraje no entra en conflicto con la reserva de jurisdicción, puesto que el carácter esencial de ésta es la falta del requisito del consentimiento de la parte demandada para que el proceso pueda desarrollarse, dado que la fuerza de la jurisdicción no proviene de la autonomía de voluntad de las partes, sino de la Constitución y de la ley, mientras que el arbitraje es un mecanismo cuyo funcionamiento no puede iniciarse sino por el mutuo acuerdo de las partes, que se hallan legitimadas en virtud del principio de libertad para celebrar un convenio arbitral<sup>271</sup>.

De acuerdo con el razonamiento del Tribunal Constitucional, lo que en realidad usurparía las funciones jurisdiccionales que tienen atribuidas de forma exclusiva los jueces y Tribunales sería el ejercicio de la jurisdicción por parte de órganos administrativos o por parte del poder legislativo. Esta es una opción del constituyente español que no siempre encuentra equivalentes en textos constitucionales de países de nuestro entorno. Baste recordar que en Francia el control de la Administración se lleva a cabo por tribunales que no forman parte estrictamente del poder judicial, a pesar de que revistan los rasgos esenciales de los órganos que forman parte del mismo.

Todo lo expuesto resulta relevante para el arbitraje público en diversos aspectos. Así, por ejemplo, el hecho de que el consentimiento de las partes constituya el elemento imprescindible para que la institución arbitral sea compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tendrá importantes consecuencias para la traslación de la institución al ámbito del sector público. En este ámbito, la circunstancia de que un tercero afectado no haya otorgado su consentimiento al arbitraje quizá es más probable que en los litigios entre particulares. En consecuencia, se deberán articular mecanismos para hacer frente a este riesgo, como los que ofrece la figura del emplazamiento de interesados en el proceso

---

<sup>269</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 157, nota 291.

<sup>270</sup> Montero Aroca, «Artículo 1», 19-20.

<sup>271</sup> STC 174/1995, de 23 de noviembre, *Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*, FJ 3.

contencioso-administrativo, pudiendo vedar el arbitraje para los supuestos en los que este riesgo sea mayor<sup>272</sup>.

Por otro lado, la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina han realizado sobre la reserva de jurisdicción del artículo 117.3 CE también será de gran importancia para el arbitraje público. Concretamente, al interpretar el art. 106.1 CE, será clave tener presente la conclusión a la que se ha llegado en el campo del arbitraje privado, en el sentido de que el art. 117.3 CE protege el monopolio de la función jurisdiccional por parte de jueces y magistrados frente a las eventuales invasiones por parte del poder legislativo o del poder ejecutivo, pero no impide la actividad de los árbitros, que no forman parte de ninguno de los poderes constitucionales citados.

### 3. Arbitraje público y colapso de la jurisdicción

Muchos de los estudios publicados sobre arbitraje de derecho administrativo han justificado la conveniencia de implantar el arbitraje público apelando a la crisis de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, esta circunstancia no constituye un motivo válido para defender la figura del arbitraje público. En mi opinión, el fundamento constitucional de la institución se encuentra en que puede brindar una mejor protección del derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, gracias a algunas de sus características, como la mayor capacidad de adaptación a cada caso o una mayor especialización técnica.

En algunos trabajos, como en el de Juan Rosa Moreno, incluso se dedica algún apartado a describir la situación de colapso que atravesaba este orden jurisdiccional en el momento de su publicación<sup>273</sup>. Este mismo autor llega a afirmar que si el sistema judicial “funcionase eficazmente no habría planteamiento alguno sobre fórmulas alternativas<sup>274</sup>”. En una línea similar, Bustillo Bolado considera que una de las interpretaciones del artículo 106.1 CE, que posibilitaría la implantación del arbitraje es entender que el recurso al arbitraje constituiría una excepción al principio de reserva jurisdiccional especial sentado por el artículo 106.1 CE, justificada por el riesgo de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que supone el permanente colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa. Bustillo Bolado sostiene que en la STC 34/1995, de 6 de febrero, el alto tribunal contempló la posibilidad de que una previsión legal “expresa y fundada en motivos suficientes”, que en

---

<sup>272</sup> Esta es la idea que desarrollo en el capítulo VII.3, cuando sugiero que uno de los criterios orientativos de arbitrabilidad pública es la intensidad de riesgo de que existan terceras partes que no hayan prestado su consentimiento en el arbitraje.

<sup>273</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 4-10.

<sup>274</sup> *Ibid.*, 12.

todo caso correspondería valorar al Tribunal, excluyera la “regla general de sujeción” de la actividad administrativa al “control y fiscalización de los Tribunales de Justicia”<sup>275</sup>.

No comparto el razonamiento de Bustillo, puesto que no se puede fundamentar la constitucionalidad de una institución en el hecho de que el sistema judicial viola sistemáticamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por su lentitud o ineficacia. La única respuesta posible al colapso judicial es remediarlo a través de la mejora del propio sistema, con más recursos o con una utilización más eficiente de los existentes.

En esta línea, Marta García Pérez desvincula completamente la crisis de la jurisdicción contencioso-administrativa y el arbitraje administrativo. Con razón, la citada autora defiende que la admisibilidad del arbitraje de Derecho administrativo no debe depender de la mejor o peor situación de la jurisdicción. La reducción de la sobrecarga de litigios del sistema judicial será en todo caso un efecto colateral positivo<sup>276</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Francisco López Menudo cuando critica que “para establecer un sistema de justicia paralelo” se aluda a razones tan “baladíes” como el colapso de la jurisdicción o la “especial dificultad de algunas materias”. Para este autor, una fundamentación como la que daba la LA 1988 para permitir el arbitraje “no sería de recibo para justificar algo tan serio como es el desplazamiento de la Administración de su posición natural ante la Justicia. Es muy posible y de temer que los argumentos o «fundamentos» a esgrimir resulten de todo punto baladíes si están limitados a diagnosticar los signos externos de la patología de la que se parte y la presunta bondad del medio alternativo que se brinda”.

En mi opinión, el arbitraje público debe poder ser defendido sin abandonar la exigencia de una jurisdicción contencioso-administrativa eficaz y de calidad, como no puede ser de otro modo, si se tiene en consideración el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por la Constitución. Parto de la premisa de que, incluso en el caso hipotético de que contáramos con un sistema de justicia administrativa óptimo, la presente investigación no perdería sentido, dado que su objeto es estudiar el arbitraje como una institución con unas características que pueden convertirlo en una buena alternativa al proceso jurisdiccional, con independencia de la situación del sistema judicial. Tal y como dijo Huergo Lora, “la principal solución a los problemas de la justicia administrativa se encuentra precisamente en resolver los problemas de la justicia administrativa, no en buscarle sucedáneos”<sup>277</sup>.

En definitiva, considero que hay que desvincular el arbitraje del colapso del sistema judicial público, una situación que no debería producirse en un Estado de Derecho que haga honor a esta calificación. La justificación del arbitraje público debe descansar sobre principios

---

<sup>275</sup> Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 458.

<sup>276</sup> García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 22, 179.

<sup>277</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 14.

constitucionales, principalmente el derecho a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos.

#### **4. El derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos como “motor y fundamento” del arbitraje público**

Tradicionalmente se ha afirmado que el principio de libertad, y más concretamente el de la autonomía de la voluntad, es, en palabras del TC, el “motor y fundamento” del arbitraje privado entre particulares. Resulta evidente, sin embargo, que el arbitraje público no puede basarse en estos principios, al menos no en el mismo sentido que la modalidad clásica de arbitraje. En efecto, la Administración y, por extensión, sus personificaciones instrumentales, son sujetos extraordinario de derecho que no gozan de la autonomía de la voluntad a la que tradicionalmente se ha vinculado el arbitraje privado.

El principio constitucional que inspira y orienta el arbitraje público, por el contrario, es el derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos. En efecto, el arbitraje público puede representar en determinadas circunstancias una alternativa con mayor capacidad de ofrecer esta tutela efectiva de derechos e intereses legítimos. Las ventajas del arbitraje, como la posibilidad de pactar el procedimiento para adaptarlo al caso concreto, o como la posibilidad de integrar técnicos no juristas en el tribunal arbitral, permiten afirmar que su establecimiento en ciertos litigios del sector público puede contribuir a una realización más amplia y profunda del mandato del artículo 24.1 CE. Estas razones, como se ve, no tienen nada que ver con el colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa, al que aludía en el epígrafe anterior.

Para ilustrar estas ideas me serviré de un ejemplo. Alguien podría argumentar que la arbitrabilidad de las controversias que nacen en la fase de gestión o ejecución urbanística se deriva del ahorro que supondrá para el sistema judicial que estos conflictos se resuelvan mediante un arbitraje. Este tipo de litigios habitualmente versan sobre instrumentos con un gran contenido técnico, como los proyectos de urbanización o reparcelación (también denominados de compensación) y, en consecuencia, se podría cuestionar si tiene sentido ocupar un sinnúmero de horas laborales de un juez de lo contencioso-administrativo con la lectura de dictámenes periciales, a menudo altamente complejos, y alegaciones jurídicas con un contenido marcadamente técnico y económico, que hacen referencia a los detalles propios de cada caso. Debe tenerse en cuenta que en casos como los referidos, igual que en muchos otros que se ventilan ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el órgano judicial seguramente necesitará recurrir a los peritos, ya sean de parte o judiciales, para poder resolver la controversia.

No obstante, no parece que este sea un argumento válido para defender el sometimiento a arbitraje de estas pretensiones, porque se inspira en las mismas consideraciones sobre el colapso judicial, que he descartado anteriormente. En cambio, sí resulta legítimo basarse en las ventajas que presentará el arbitraje para una mejor protección del derecho a la tutela

efectiva de derechos e intereses legítimos. El tribunal arbitral podrá incorporar a una persona experta en valoraciones económicas de construcciones y actividades, por ejemplo. Y también podrá incorporar a un técnico urbanista que evalúe el reparto de fincas resultantes. De este modo, la resolución del litigio seguramente será de mayor calidad y será más eficiente, puesto que la importancia de los dictámenes periciales disminuirá y no habrá interferencias en el proceso de transmitir el conocimiento técnico al jurista que decide, como ocurre con la interpretación de los informes técnicos por parte del juez. En estos casos, el tribunal arbitral es técnico y jurídico a la vez.

Por otro lado, debe aclararse que el arbitraje público, como modalidad de arbitraje ordinario, se basa en un fundamento distinto al del arbitraje internacional de inversiones. Este tipo de arbitraje internacional, que presenta varios elementos de interés para nuestro objeto de estudio<sup>278</sup>, nació en un contexto completamente distinto del escenario en el que tendría lugar el arbitraje público.

El motivo principal de que exista el arbitraje internacional de inversiones es la desconfianza que generaban y, en parte, siguen generando, los tribunales de los países receptores de inversiones internacionales, cuando se trata de procesos que aquí etiquetaríamos como constitucionales, contencioso-administrativos o, como mínimo, del sector público (expropiación de inversiones, responsabilidad patrimonial del Estado legislador y controversias sobre contratos públicos)<sup>279</sup>.

Los inversores y, a la vez, los Estados de los que estos son nacionales, albergan mucho recelo hacia las garantías que ofrece un procedimiento judicial, que consiste precisamente en controlar al poder público del Estado que recibe la inversión. Se teme por posibles discriminaciones por nacionalidad y en general por la falta de imparcialidad que puede empañar un proceso de estas características.

En cambio, el arbitraje público “interno” no nace de esta disfunción, sino que se plantea como una alternativa al proceso judicial que potencia el derecho a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, al ofrecer, entre otros aspectos, una mayor flexibilidad, que permite adaptar el procedimiento a cada caso concreto y la posibilidad de formar un tribunal

---

<sup>278</sup> Como obra de referencia en este campo, ver Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment law*, 2.ª ed. (Oxford, 2012).

<sup>279</sup> Las similitudes entre los arbitrajes internacionales de inversiones y este tipo de procesos internos han sido destacadas por muchos. Una buena muestra de esta perspectiva se puede hallar en Stephan W. Schill, ed., *International Investment law and Comparative Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010). En la introducción de esta obra colectiva, Stephan Schill explica que estas similitudes justifican una aproximación al arbitraje de inversiones internacionales a partir del derecho público comparado; “*dispute settlement under international investment treaties is better analogized with judicial review of governmental conduct under administrative (and constitutional) law at the domestic level or international judicial review*”, «International Investment Law and Comparative Public Law - An Introduction», en *International Investment Law and Comparative Public Law*, ed. Stephan W. Schill (Oxford: Oxford University Press, 2010), 4, 16-17.

arbitral altamente especializado en la materia, con la incorporación, como se ha dicho, de técnicos no juristas.

## 5. El principio de legalidad (art. 103.1 CE) y la injustificada equiparación del arbitraje con la transacción

Muchos de los ataques que ha recibido el arbitraje del sector público se han basado en el principio de legalidad de la actuación administrativa, consagrado en el artículo 103.1 CE<sup>280</sup>. Sin duda, el “sometimiento pleno a la ley y al Derecho” que exige el artículo 103.1 para toda actuación administrativa es un principio de extrema relevancia. En contraste con el antiguo principio de *rex legibus solutus*<sup>281</sup>, el Estado de Derecho requiere que la Administración actúe en todo momento de acuerdo con el ordenamiento jurídico, de forma que sería más exacto hablar de “principio de juricidad<sup>282</sup>”. La idea de que la Administración está sujeta, igual que los ciudadanos, al ordenamiento jurídico ya está expresada en el art. 9.1 CE, por lo que su reiteración en el artículo 103.1 podría parecer redundante. Sin embargo, a lo largo de la historia, la aplicabilidad del principio general del art. 9.1 a la Administración no ha sido obvia, por lo que sí resultaba necesario enfatizarla con un artículo específico<sup>283</sup>.

Se ha destacado también la vinculación del principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) con un principio aún más general, el de la seguridad jurídica (9.3 CE). En efecto, el principio de legalidad se puede entender como una de las proyecciones del principio de seguridad jurídica en el ámbito del sector público, dado que la previsibilidad de las decisiones de los distintos entes públicos es clave para la calculabilidad de las decisiones de los particulares, en especial, de las de las empresas<sup>284</sup>.

Pues bien, ¿se acomoda el arbitraje público a estos principios? En mi opinión, claramente sí, puesto que el arbitraje público descansa precisamente en la premisa de que toda actuación administrativa puede juzgarse desde el punto de vista del derecho y no sólo desde el punto de vista político. Es decir, sin principio de legalidad administrativa, no puede haber arbitraje público. Un arbitraje que, en virtud de este principio, será necesariamente de derecho, excluyéndose la posibilidad de celebrar un arbitraje de equidad<sup>285</sup>.

---

<sup>280</sup> Sobre el contenido de este principio, ver, entre otros, Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, I:56-63, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:477-87.

<sup>281</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:480.

<sup>282</sup> *Ibid.*, I:482.

<sup>283</sup> Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, I:57.

<sup>284</sup> Rivero Ortega, *Derecho administrativo económico*, 44.

<sup>285</sup> Los borradores de Anteproyecto de Ley de arbitraje administrativo de 5 de septiembre y 21 de diciembre de 2001 tampoco contemplaban la posibilidad de un arbitraje de equidad (artículo 1.3 de ambos textos).

No obstante, numerosas críticas contra el arbitraje público se han vehiculado precisamente a partir de este principio, seguramente por una concepción errónea del arbitraje, que no se ajusta a su funcionamiento real. En efecto, a menudo se ha interpretado que someter un asunto a arbitraje significa “remitir a un tercero” la valoración del interés público<sup>286</sup>. Pero en realidad lo que ocurre es que el árbitro no sustituye a la Administración, sino al juez. De esta forma, las facultades de la Administración permanecen intactas y lo único que se ve afectado es el ejercicio de la función jurisdiccional. Naturalmente, al sustituir al juez, en determinados supuestos el árbitro puede llegar a adoptar una decisión que sustituya la de la Administración. Pero esta sustitución no habrá ido más allá que la que tendría lugar en el sistema judicial.

Una de las versiones más extendidas del argumento según el cual el principio de legalidad de la Administración no permite utilizar el arbitraje es la que equipara esta institución con la transacción. La idea básica sería que someterse a un arbitraje significa “disponer” sobre el derecho aplicable a la controversia, igual que sucede en una transacción, de forma que se vulnera el principio de legalidad administrativa, que no permite “negociar”. En una de las pocas sentencias que ha dictado el TS en la materia, se ha adoptado esta perspectiva. Se trata de la sentencia de la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2017, que resolvió el caso *Áridos do Mendo*<sup>287</sup>. En esta resolución, el TS rechazó la posibilidad de utilizar el arbitraje en un litigio en el que se deba determinar el carácter demanial o patrimonial de un bien titularidad del Estado, sobre la base del siguiente razonamiento:

“con carácter general, el desenvolvimiento del arbitraje en la relación jurídica de Derecho Público tropieza con un obstáculo difícilmente salvable cuando se enfrenta a los principios de legalidad e indisponibilidad de las potestades administrativas. La Administración Pública, vinculada constitucionalmente a una regla de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (arts. 9, apartados 1º y 3º, y 103 CE) no puede disponer ni transigir sobre la aplicación de las normas que rigen su actuación salvo en la medida que esas mismas normas lo permitan”.

El punto de vista que refleja esta sentencia se adopta también en muchas obras doctrinales. Así, según algunos autores, el obstáculo para el arbitraje público se halla en el propio concepto de potestad administrativa. Se suele citar a Otto Mayer, quien señaló que “las potestades administrativas no son susceptibles de transacción”.

Como ya han advertido otras voces, esta perspectiva es totalmente inadecuada puesto que, como he señalado en el primer capítulo, el arbitraje no es lo mismo que la transacción<sup>288</sup>. Así

---

<sup>286</sup> Joaquín Tornos Mas, «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de Administración Pública*, n.º 136 (1995): 175.

<sup>287</sup> STS núm. 2039/2017, de 20 diciembre (RJ 2017\5900).

<sup>288</sup> A pesar de que la asociación tradicional entre las dos figuras es habitual en la doctrina y la jurisprudencia, esta diferencia es reconocida explícitamente, por ejemplo, en Tornos Mas, «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», 173; J.M. Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 143 (1997): 82; Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho administrativo*, 685. Francisco López Menudo apunta, en este sentido, que, “aunque la ecuación transacción-arbitraje no ha quedado rota en el ámbito del Derecho Administrativo —es visible el paralelismo, al menos formal, en los preceptos pertenecientes a la “familia” del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, arriba

pues, las objeciones que se puedan plantear frente a la utilización de esta figura en el sector público no tienen por qué ser válidas para el arbitraje. La transacción evita el proceso de aplicación del derecho por parte de un tercero imparcial. En cambio, el arbitraje consiste precisamente en que se celebre este proceso, de modo que el principio de legalidad no se ve afectado en ningún momento, sino todo lo contrario. En efecto, el resultado del procedimiento arbitral es el laudo, que se asemeja a una sentencia judicial y no a un acuerdo de transacción<sup>289</sup>.

Para conocer mejor las diferencias principales entre transacción y arbitraje, conviene referirse a la regulación de la transacción contencioso-administrativa en la LJCA, contenida en su artículo 77. Por su importancia, cito su tenor literal:

**Artículo 77.**

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 soliciten 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<sup>290</sup>.

De acuerdo con este artículo, recurrente y Administración demandada pueden celebrar una transacción, es decir, un acuerdo por el que se ponga fin al proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, según el tercer apartado del precepto, el juez o tribunal está obligado a comprobar que el mencionado acuerdo no contraviene el ordenamiento jurídico ni el interés público. Este último inciso hay que considerarlo redundante, puesto que si la

---

referidos— el arbitraje no es una figura equivalente a la transacción. Mediante el arbitraje, la Administración no cede, o se allana, o tolera, o abandona, el cumplimiento de la norma imperativa, sino que defiere la solución del conflicto a un órgano que, por hipótesis, cuidará de la legalidad y juridicidad conforme a los principios constitucionales”, López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 19.

<sup>289</sup> Así pues, no comparto la afirmación de Huergo Lora de que una de las ventajas del arbitraje es que “la fórmula habitual de un árbitro elegido por cada parte y un tercer árbitro de común acuerdo facilita el logro de acuerdos consensuales y permite a las partes transmitir con más eficacia sus puntos de vista al órgano decidente”, Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 150.

<sup>290</sup> Para un comentario a este artículo, ver Juan Alfonso Santamaría Pastor et al., *1700 dudas sobre la Ley de lo Contencioso-administrativo*, ed. Juan Alfonso Santamaría Pastor (Las Rozas, Madrid: La Ley, 2014), 1127 y ss.; Juan Alfonso Santamaría Pastor, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentario* (Madrid: Iustel, 2010), 768 y ss.

transacción celebrada va contra el interés público, también va contra el ordenamiento jurídico. En efecto, la satisfacción del interés público como objetivo primordial de la Administración es un principio de rango constitucional (art. 103.1 CE).

Hay que destacar que el artículo 77 LJCA no ha sido cuestionado desde el punto de vista de su constitucionalidad<sup>291</sup>. Seguramente se ha considerado que el papel del juez o tribunal de controlar mínimamente el resultado de esta transacción garantiza que este no contenga ninguna ilegalidad manifiesta<sup>292</sup>. Pero es precisamente este carácter de ilegalidad manifiesta el que demuestra que la reserva jurisdiccional del artículo 106.1 CE no se ha interpretado de forma absoluta o excluyente de los medios ADR. En efecto, cabría la posibilidad de que el juez contencioso-administrativo considere que la transacción no es ajustada al ordenamiento jurídico pero que la ilegalidad no es “manifiesta”.

Hecha esta contextualización, podemos detenernos en diversos aspectos de la transacción que la separan claramente del arbitraje.

En primer término, según ha explicado Alejandro Huergo Lora -el autor que ha estudiado con mayor detalle y rigor la transacción en el campo del derecho administrativo<sup>293</sup>-, esta figura exige la preexistencia de una controversia real, la denominada *res dubia*, y supone la creación de una nueva relación jurídica, cuya validez no dependerá de la totalidad del ordenamiento jurídico, sino solo de la regulación específica de la transacción. Como veremos, estos requisitos no son aplicables al arbitraje administrativo.

---

<sup>291</sup> Si bien el TC no ha resuelto ninguna cuestión ni recurso de constitucionalidad respecto a este artículo, hay que destacar un fragmento de la STC 56/1990, de 29 de marzo. Esta sentencia, dictada a raíz de un recurso de inconstitucionalidad que cuestionaba la validez del mecanismo de resolución de los conflictos de jurisdicción previsto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, rechaza que el mencionado mecanismo tenga carácter autocompositivo y se añade que “tanto la jurisdicción que corresponde a los Tribunales de Justicia como la competencia propia de la Administración son irrenunciables (arts. 9 LOPJ y 4 L.P.A.), no existiendo sobre ellas facultad alguna de disposición o de transacción”.

<sup>292</sup> Se ha argumentado que el adjetivo “manifiesta” en este caso debe ser interpretado como una “fórmula idéntica a la que emplean los arts. 75.2 y 76.2 como motivos de rechazo del allanamiento y de la satisfacción extraprocésal de las pretensiones”, Santamaría Pastor et al., *1700 dudas sobre la Ley de lo Contencioso-administrativo*, 1135.

Sobre la posibilidad de rechazar el allanamiento, los mismos autores entienden que lo que el “art. 75.2 parece querer decir es que, si bien como regla general el órgano jurisdiccional debe aceptar el allanamiento, podrá abstenerse de hacerlo solo cuando la sentencia estimatoria que habría de dictar supondría una infracción del ordenamiento de notable gravedad (y, por ello, manifiesta), anulando un acto administrativo que a todas luces le parece al juez ajustado a Derecho; esto es, que el rechazo del allanamiento sólo puede producirse en casos excepcionales”, *Ibid.*, 1112.

Me parece razonable interpretar que una infracción “manifiesta” es una infracción grave, puesto que, tal y como señalan los autores, puede haber infracciones “manifiestas” en el sentido de patentes, pero que sean muy poco relevantes. Ahora bien, si una infracción “grave” debe ser equiparada a una nulidad de pleno Derecho, por ejemplo, o comprende un círculo mayor o menor de supuestos, es una cuestión abierta.

<sup>293</sup> A esta cuestión dedica el capítulo II de su obra *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*.

Según Huergo Lora, la transacción administrativa debe distinguirse de los convenios o “contratos administrativos de ejercicio de potestades<sup>294</sup>”. Un ejemplo de “contrato administrativo de ejercicio de potestades” es el convenio expropiatorio, llamado a veces “mutuo acuerdo”, que es un convenio que se inserta dentro de la tramitación del procedimiento expropiatorio previsto en el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. Esta figura es un ejemplo de ejercicio de la potestad administrativa que se lleva a cabo con el consenso del administrado, pero no es una transacción. Para que el acuerdo pueda ser considerado como una verdadera transacción, debe haber un acto de creación de una relación jurídica *ex novo*.

De acuerdo con este autor, en la transacción se sustituye una relación jurídica litigiosa o potencialmente litigiosa por otra nueva, cuya validez tiene como parámetro la regulación específica de la transacción, y no la totalidad del ordenamiento jurídico. Es decir, que toda transacción será válida si se cumplen los requisitos de a) existencia de una relación litigiosa o potencialmente litigiosa y, b) en el caso de que la transacción se celebre en el marco de un proceso contencioso-administrativo, el acuerdo deberá ser conforme al ordenamiento jurídico y al interés público, debiendo ser interpretado el concepto “ordenamiento jurídico” como algo parecido al “orden público” cuya vulneración implica la nulidad del laudo arbitral (es decir, el núcleo duro del ordenamiento). Así, por ejemplo, siguiendo la teoría de Huergo, una transacción sobre una expropiación, en la que el expropiado no está de acuerdo con la resolución dictada por el Jurado de Expropiación, podría apartarse de la legislación aplicable en materia de valoración.

El *primer requisito* señalado por Huergo es la existencia de una relación litigiosa o potencialmente litigiosa, la denominada *res dubia*. Como explica Huergo, en los conflictos jurídicos de carácter civil se ha planteado el debate de si este es uno de los requisitos de validez de una transacción. Mientras que la doctrina civilista lo ha rechazado, el Consejo de Estado, al dictaminar sobre proyectos de transacción de la Administración (en virtud del art. 7.3 LGP), sí ha considerado que la *res dubia* es un requisito para celebrar una transacción administrativa<sup>295</sup>.

De conformidad con esta condición, el presupuesto para celebrar una transacción es la existencia de una controversia, potencial o real. No obstante, Huergo Lora considera que la especialidad del Derecho administrativo exige requisitos adicionales. Entiende que, allá donde están en juego los intereses generales, resulta justificado exigir una objetivización mayor del requisito de la *res dubia*, alejándose así de la doctrina civilista, que, como hemos dicho, ha rechazado requerir la existencia objetiva de un conflicto. Según Huergo, en el ámbito del derecho administrativo deberá acreditarse que existe una verdadera controversia jurídica, en la que las partes sostienen posiciones enfrentadas. Además, exige que estas

---

<sup>294</sup> Ibid., 77.

<sup>295</sup> Ibid., 100-106.

posiciones tengan una fundamentación jurídica mínimamente sólida. La exigencia de esta condición permitiría evitar el riesgo de transacciones que encubran negocios jurídicos ilícitos.

En el arbitraje, este problema no se plantea, porque las partes no instituyen una nueva relación jurídica que sustituye a la anterior, litigiosa. Lo único que sucede es que se sustituye al órgano judicial en la función de resolver el conflicto. Un particular puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa sin que nadie examine si las pretensiones que ejercita gozan de un mínimo fundamento jurídico. Para que pueda existir un pleito contencioso-administrativo, no hace falta que se esté ante una *res dubia*. Por lo tanto, el arbitraje administrativo se puede celebrar sin que se analice previamente si las posiciones de las partes tienen una base jurídica suficiente. Precisamente esta será la misión del arbitraje, decidir si la pretensión que se ha ejercido debe ser estimada de acuerdo con el derecho aplicable.

Esto es así en la medida en que el procedimiento arbitral dará lugar a una respuesta fundada en Derecho y que supuestamente habrá “hallado” la verdad jurídica, por utilizar la expresión de Huergo. En la transacción, como es bien sabido, esto no ocurre, dado que las partes constituyen una nueva relación jurídica que sustituye a la anterior, cuya “verdad” no les interesa, dado que prefieren llegar a una solución acordada.

El *segundo requisito* que menciona Huergo es que el acuerdo transaccional se ajuste al ordenamiento jurídico, pero no en el sentido habitual de esta expresión, sino más bien en el sentido de que respete las normas fundamentales del ordenamiento, de forma parecida a la exigencia de que el laudo arbitral no puede vulnerar el “orden público”. Así, por ejemplo, siguiendo la teoría de Huergo, una transacción sobre una expropiación, en la que el expropiado no está de acuerdo con la resolución dictada por el Jurado de Expropiación, podría apartarse de la legislación aplicable en materia de valoración, si esta desviación no se estima contraria al orden público.

Según Huergo, en Derecho alemán, la transacción lleva aparejado un “privilegio”, que es el de poder contener ilegalidades (vicios de anulabilidad) pero no nulidades (vicios de nulidad de pleno Derecho)<sup>296</sup>. Así, se permite que la transacción se aparte de la solución “objetiva” de la controversia, la que habría adoptado el órgano judicial. Por ello, este autor acaba concluyendo que, en el Derecho alemán, “actuar mediante transacción o mediante resolución unilateral no afecta sólo a la forma de actuación (consensual en un caso, coactiva en el otro), sino también a los parámetros normativos aplicables para determinar la validez del acto constitutivo de dicha relación<sup>297</sup>”.

Pues bien, esto no sucede en ningún caso en el arbitraje público, dado que el árbitro o tribunal arbitral deberá aplicar el derecho relevante para el caso que se le presente y no podrá actuar sobre la base de criterios de oportunidad, como puede suceder en la transacción.

---

<sup>296</sup> Ibid., 93-94.

<sup>297</sup> Ibid., 98.

La *tercera diferencia* que puede apreciarse entre transacción y arbitraje es el distinto grado de fiscalización judicial que recibe el acuerdo transaccional en comparación con el laudo arbitral. Huergo Lora ha justificado su mayor recelo hacia el arbitraje, en comparación con la transacción, por el hecho de que en este último caso, sigue habiendo un control judicial<sup>298</sup>. No obstante, el mismo autor reconoce “el conflicto latente entre la eficacia de la transacción (que exige que la misma impida que se vuelva a poner en discusión el problema jurídico inicialmente planteado) y el principio de legalidad, que se opone lógicamente a que la Administración dicte, con o sin apoyo en una transacción previa, actos ilegales<sup>299</sup>”

Por su parte, Roberto Bustillo Bolado considera que el acuerdo transaccional, a diferencia del laudo arbitral, sí puede ser objeto de revisión judicial, porque es fiscalizable en su cualidad de contrato. En consecuencia, entiende el autor, no se vulnera el art. 106.1 CE. Asimismo, sin explicitar por qué, entiende que celebrar un contrato transaccional no infringe en modo alguno el artículo 103.1 CE, puesto que actúa y decide con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho<sup>300</sup>. Sin embargo, resulta cuestionable afirmar sin ambages que una transacción administrativa supone someterse plenamente a la Ley y al Derecho, como ha advertido Huergo Lora.

De este modo, la transacción presenta interrogantes en cuanto a su ajuste con el principio de legalidad de la Administración, tal y como ha sido entendido tradicionalmente. En cambio, el arbitraje permite asegurar que este principio se respete, puesto que se trata de comprobar, igual que se haría en un proceso judicial, que la Administración ha actuado conforme a derecho.

En *cuarto lugar*, el arbitraje no supone ninguna cesión equiparable a la transacción. La perspectiva que equipara arbitraje y transacción entiende que el arbitraje supone una renuncia de los “derechos” de la Administración Pública. Sin embargo, a lo único que se renuncia es a la resolución del conflicto por la vía judicial. En este sentido, Joan Manuel Trayter destaca que la transacción se distingue del arbitraje en el hecho de que “el laudo arbitral puede recoger íntegramente lo solicitado por una de las partes, mientras que la transacción exige concesiones recíprocas<sup>301</sup>”.

Una *quinta diferencia* sería la distinta configuración del arbitraje público. Como he explicado anteriormente, el arbitraje público podría funcionar con el mismo esquema que habitualmente se utiliza en los arbitrajes internacionales de inversiones, en la legislación

---

<sup>298</sup> Ibid., 173-75.

<sup>299</sup> Ibid., 93.

<sup>300</sup> Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 456.

<sup>301</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 83.

portuguesa sobre arbitraje administrativo<sup>302</sup> o en los borradores del Anteproyecto de Ley de arbitraje administrativo de 2001. Se trata de que la sumisión de la parte pública al arbitraje venga prevista en una norma general y por lo tanto no se requiera un acto *ad hoc* de prestación de consentimiento. De esta forma, el único que debe decidir respecto al caso concreto es el particular, que deberá escoger entre la vía jurisdiccional o la arbitral. Este modelo choca contra la concepción habitual en la doctrina, que siempre parte de la base de que la Administración deberá adoptar un acto *ad hoc* de sumisión a arbitraje en ejercicio de sus potestades<sup>303</sup>.

En cambio, en la transacción el único modelo de funcionamiento es el que se basa en una decisión caso por caso. La ley no puede prever que en determinados supuestos se celebrará siempre una transacción. Como hemos visto, el Consejo de Estado entiende que la transacción responde a una *res dubia*, una controversia real o potencial, en la que exista una mínima duda sobre quién tiene razón. En cambio, la ley sí puede prever con carácter general que un determinado tipo de controversias se resolverá por arbitraje si el recurrente o recurrentes así lo solicitan.

*En sexto lugar*, hay que observar una paradoja: mientras que la mediación en los conflictos administrativos siempre ha tenido buena prensa en la doctrina, el arbitraje ha sido visto con mucho más recelo. Esto es paradójico porque, si nos instalamos en el ambiente de desconfianza hacia el buen uso que pueda hacer la Administración de las técnicas ADR, la mediación y la transacción representan muchos más riesgos que el arbitraje.

En efecto, en la mediación, que puede tener como resultado una transacción, no interviene ningún tercero imparcial con capacidad de imponer una solución, de forma que no se puede asegurar que se respete el derecho, dejando así más espacio al riesgo de que se produzcan los favoritismos que tanto se temen. En cambio, el arbitraje se asemeja más a la jurisdicción en este sentido, puesto que, por obligación, el árbitro deberá resolver con imparcialidad e independencia y con sometimiento al Derecho. De hecho, tal y como señala el López Menudo, el ámbito de la transacción puede ser más restringido que el del arbitraje<sup>304</sup>, lo que

---

<sup>302</sup> Decreto-ley n.º 10/2011, de 20 de enero. Sobre las características y funcionamiento de este tipo de arbitraje, muy similar al modelo que estudio en esta tesis, ver Ángel Sánchez Freire y Duarte Gorjão Henriques, «El arbitraje de disputas tributarias en Portugal y reflexiones sobre su posible implantación en España», *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 23/2015 (2015): 95-105.

<sup>303</sup> Según Marta García Pérez, la doctrina afirma con carácter general que “el legislador puede conferir potestades a la Administración para resolver sus controversias mediante arbitraje siempre que su ejercicio recaiga sobre *materias disponibles*. Cuestión distinta será determinar a qué materias nos estamos refiriendo cuando invocamos respecto del Derecho público la “disponibilidad””, García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 45. Sin embargo, más adelante la misma autora admite, haciéndose eco del borrador de 21 de noviembre de 2001, que se podría establecer un modelo en el que la “voluntad” de la Administración quedara “suplida por el mandato legal, como ocurre con cualquier potestad reglada”, *Ibid.*, 67.

<sup>304</sup> López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 19.

es totalmente acertado porque este ofrece mayores garantías de que se aplique debidamente el derecho.

En vista de todas estas diferencias, el tratamiento equivalente de la transacción y el arbitraje que tradicionalmente ha previsto la legislación administrativa (art. 7.3 LGP y equivalentes<sup>305</sup>) resulta totalmente injustificado. En cualquier caso, esta circunstancia no sirve para afirmar que las objeciones de constitucionalidad frente a la transacción administrativa sean aplicables al arbitraje administrativo. Los preceptos que equiparan la transacción y el arbitraje a efectos de su autorización, más que producto de una reflexión ordenada sobre los métodos ADR, son una manifestación de la gran timidez que ha tenido el legislador en esta materia, así como de una trayectoria que podríamos calificar incluso de errática. El tratamiento equivalente del arbitraje y la transacción que se prevé en el art. 7.3 LGP y preceptos similares es un ejemplo de este acercamiento al arbitraje, pero, en cualquier caso, no constituyen la única opción posible bajo la Constitución.

En definitiva, si comprendemos correctamente en qué consiste el arbitraje y no lo confundimos con la transacción, podemos constatar que el principio de legalidad no se pone en riesgo por la utilización del arbitraje público. De hecho, puede suceder todo lo contrario, puesto que el arbitraje público puede contribuir precisamente a que el principio de legalidad de la actuación administrativa se respete en su integridad, incentivando a que se ejerzan pretensiones que, en caso de que no existiera la alternativa arbitral, no se formularían<sup>306</sup>.

## **6. La satisfacción del interés general con objetividad y el principio de eficacia (art. 103.1 CE)**

Uno de los principios contenidos en el artículo 103.1 CE es el de que la Administración debe servir “con objetividad los intereses generales<sup>307</sup>”. Que la Administración deba cumplir dicha misión puede parecer obvio, pero en realidad el principio esconde más complejidad de lo que podría parecer en un primer momento. En efecto, la Constitución prevé que la actuación administrativa debe estar presidida por la objetividad y la búsqueda del interés general, ocupe quien ocupe el puesto de mando político de la Administración. Esto significa que cualquier decisión administrativa, incluso la discrecional, debe basarse en motivos objetivos y no subjetivos del funcionario o alto cargo de turno.

---

<sup>305</sup> Para un comentario a estos preceptos, ver capítulo VIII.4 de esta tesis.

<sup>306</sup> En este sentido, ver las consideraciones finales recogidas en el epígrafe 7.b) de este mismo capítulo.

<sup>307</sup> “La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad –que es lo característico de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad–, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada. Así, la Constitución, al referirse a la Administración, además de subrayar como primera nota definitoria su carácter servicial (art. 103.1: «La Administración Pública *sirve* con objetividad los intereses generales»), extrae de ello inmediatamente su condición de subordinada o sometida”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:59.

Pues bien, someter a arbitraje una controversia no significa renunciar al interés público al que debe servir la Administración. A pesar de ello, según recoge Tornos Mas, la tesis tradicional contraria al arbitraje público considera que “la Administración no puede renunciar voluntariamente a la definición del interés general a través de la remisión sobre el alcance de su potestad a un árbitro<sup>308</sup>”. Posteriormente, el autor parece adherirse a esta tendencia y llega a afirmar que, “cuando la Administración ejecuta potestades y dicta actos unilaterales difícilmente podrá admitirse que, en caso de oposición de un particular, pueda remitir la propia Administración la solución del conflicto (en el que se discutirá su interpretación de lo que sea interés general) a un tercero ajeno al orden jurisdiccional”. En estos casos, “la decisión administrativa sólo puede ser revisada por un órgano administrativo o por el poder judicial<sup>309</sup>”.

Esta idea de que arbitraje significa poner en riesgo la “definición del interés general” se halla presente en otras obras<sup>310</sup>. Pero hay que preguntarse: ¿Someter a arbitraje una disputa significa “renunciar a la definición del interés general”?

En realidad, estas objeciones parten de un equívoco: el arbitraje no impide que la Administración ejerza previamente su poder público, interprete y aplique el derecho en cumplimiento de las funciones que le atribuye la ley (ya sea expropiar, imponer una sanción u otorgar una licencia urbanística). Lo que comporta el arbitraje es que se renuncia a la solución judicial de la controversia, ni más, ni menos. Si se considera que someterse al control externo de un órgano judicial o arbitral supone renunciar a la definición del interés general es que se está olvidando que el arbitraje sustituye al proceso judicial, no al procedimiento

---

<sup>308</sup> Tornos Mas, «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», 175.

<sup>309</sup> Ibid., 176.

<sup>310</sup> Si bien no habla de “definición del interés general”, Huergo Lora contraponen los litigios de Derecho privado en los que es parte la Administración a aquellos en los que se aplica el Derecho administrativo, por la presencia en estos últimos de un interés general que es puesto en riesgo mediante el arbitraje. Cree que en estos litigios se excluye el arbitraje porque aquí no están en juego solamente “intereses particulares (el de la Administración frente al de otro sujeto)”, sino el “interés público en sentido objetivo, como interés colectivo encomendado a la Administración (frente al simple interés fiscal o interés subjetivo de ésta). Si la presencia del interés público y la tutela del mismo mediante un régimen normativo especial (el Derecho administrativo) es lo que transforma una cuestión en administrativa y justifica que su conocimiento no corresponda al orden jurisdiccional civil, sino a uno especializado (el contencioso-administrativo), mal se puede admitir que las partes (que no son titulares del interés público) desplacen a los Tribunales de lo contencioso-administrativo para sustituirlos por unos árbitros designados por ellas, especialmente cuando la LA [LArb 1988] no deja el menor resquicio para llegar a esta conclusión”. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 175.

Pérez Moreno también señala, entre las “materias prohibidas” al arbitraje, “las decisiones unilaterales sobre valoración directa del interés general”, A. Pérez Moreno, «El arbitraje administrativo», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 43 (2001): 298.

administrativo y por lo tanto la Administración no está renunciando en ningún caso al papel que le otorga el art. 103.1 CE<sup>311</sup>.

No es descartable que, detrás de estas posiciones, se mantenga una cierta inercia de tiempos pasados<sup>312</sup>. Actualmente, es muy cuestionable sostener que la Administración define unilateralmente el interés general, sin matices. Cuando la Administración goza de discrecionalidad, es decir, de un mayor margen para apreciar la oportunidad de una determinada actuación, es porque la ley así lo ha previsto. En este caso, tanto el juez como el árbitro se mostrarán deferentes hacia esta apreciación, a no ser que en ella se hayan vulnerado parámetros jurídicos perfectamente controlables a través del proceso judicial o arbitral, como los elementos reglados, los principios generales del derecho o los derechos fundamentales. Se puede considerar, además, que el interés general se acaba determinando después de que hayan intervenido todos los actores relevantes, institucionales y no institucionales —a través de la interposición de un recurso, por ejemplo—. Es decir, la idea de que la Administración es el único agente al que se le reconoce la capacidad de fijar lo que es el interés general es totalmente anacrónica.

Por lo demás, en las posiciones que critican el arbitraje público desde el punto de vista del principio de satisfacción del interés general, subyace la idea de que la sumisión de la Administración a arbitraje solo es posible mediante un acto *ad hoc*, pero, como hemos dicho, el consentimiento de esta puede hallarse de forma genérica en una ley o reglamento previo (fórmula de la *standing offer*). En efecto, la sumisión a arbitraje de una entidad pública puede estar prevista en la ley o en un reglamento, de forma que la parte pública en un arbitraje no tenga que adoptar un acto concreto para someterse al mismo. Este es el esquema habitual en los arbitrajes internacionales de inversiones y el previsto en la legislación portuguesa sobre arbitraje administrativo, y comporta que la valoración de si someterse a arbitraje satisface el interés público la ha realizado el legislador o la propia Administración, pero con la aprobación de un reglamento en desarrollo de una previsión de una norma con rango de ley, que contenga esta sumisión a arbitraje.

Pero es que incluso en el caso de que la sumisión a arbitraje tuviera lugar en un marco en el que se exige que la entidad pública preste su consentimiento *ad hoc*, el principio de satisfacción del interés general con objetividad no se opondría a este acto de consentimiento del arbitraje. Como hemos visto en los capítulos II y III, la consecución del interés público no es una finalidad exclusiva del derecho administrativo. El ordenamiento jurídico, en su totalidad,

---

<sup>311</sup> Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 302.

<sup>312</sup> Hay quien sostiene que el Derecho administrativo español sigue en parte anclado en ciertas reminiscencias históricas que poco tienen que ver con los valores de la sociedad actual. Según algún autor, todavía puede detectarse cierto elemento autoritario en ciertos aspectos del Derecho administrativo español, Andrés Boix-Palop, «Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles», en *Administrative Law in Europe. Between Common Principles and National Traditions*, ed. Matthias Ruffert (Groningen: Europa Law Publishing, 2013), 88-89, 94.

busca la satisfacción del interés público. Lo que ocurre es que la Administración es un sujeto que no debe moverse por interés propio sino que debe orientarse únicamente a la satisfacción del interés general, el interés de toda la comunidad. En este sentido, la Administración puede justificar con objetividad que conviene someter a arbitraje una determinada controversia, si se basa en que en ese caso la sumisión al arbitraje satisfará el interés general.

Imaginemos, por ejemplo, la reparcelación urbanística que ya hemos tratado anteriormente. Puede darse el caso de que los particulares no se pongan de acuerdo respecto a la adjudicación de las fincas con aprovechamiento privado pero estén de acuerdo con la adjudicación al Ayuntamiento de la porción de suelo y aprovechamiento que le corresponde según la ley. El Ayuntamiento podría justificar sin problemas que resulta conforme al interés público la pronta resolución del conflicto mediante un arbitraje a fin de que el proceso de transformación urbanística se inicie cuanto antes.

En el caso de las cláusulas arbitrales previstas en algunos tratados de inversiones internacionales, que prevén un consentimiento “general” del Estado al arbitraje de inversiones, se enfrentan dos concepciones distintas de lo que significa interés general. En efecto, si el Estado aceptó en su día dichas cláusulas arbitrales, fue porque el gobierno de aquel momento consideró que hacerlo permitía la consecución de una finalidad de interés general como puede ser la atracción de inversiones internacionales. Se puede estar en total desacuerdo con dicha valoración del interés general, pero difícilmente se puede afirmar que no fuera este interés el que se estaba buscando mediante la firma del tratado.

Otro motivo de interés público a favor del arbitraje puede ser la aplicación del *principio de proporcionalidad*. Anteriormente he desvinculado el arbitraje de la transacción, por cuanto no son instituciones equiparables a excepción del resultado al que conducen: evitar un proceso judicial. En relación con este aspecto común, resulta interesante traer a colación la jurisprudencia del *Bundesverwaltungsgericht* alemán (Tribunal Contencioso-Administrativo Federal), sobre la capacidad del principio de proporcionalidad para justificar la transacción administrativa. Según recoge Huergo Lora, en la sentencia de este tribunal de 29 de octubre de 1963 se declara que, “en caso de que la resolución de una incertidumbre fáctica de difícil solución exigiese un esfuerzo desproporcionado y además no ofrezca la suficiente seguridad [es decir, cuando ni siquiera ese esfuerzo garantice una solución definitiva del conflicto], es (...) razonable y ajustado a Derecho que la autoridad evite una controversia con el potencial afectado<sup>313</sup>”.

En el arbitraje no se evita que un tercero imponga la solución a la controversia, sino que lo único que se evita es que este tercero sea un órgano judicial. Sin embargo, el razonamiento citado es aplicable también al arbitraje por cuanto se puede valorar la *proporcionalidad* entre la importancia objetiva de una cuestión litigiosa y el coste (temporal, personal, económico) de su resolución judicial en vez de arbitral. De hecho, el principio de proporcionalidad

---

<sup>313</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 94.

fundamentó que determinadas cuestiones pasaran de ser competencia de las antiguas Salas territoriales de lo contencioso-administrativo (actuales Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma) a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

En definitiva, si el principio de proporcionalidad sirvió para considerar que determinadas cuestiones no eran lo suficientemente relevantes como para ocupar el tiempo de los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, ¿por qué no se puede aplicar dicho principio respecto al arbitraje público? Una justificación de esta institución puede encontrarse precisamente en que el coste económico y en tiempo que supone todo proceso contencioso-administrativo puede ser desproporcionado en relación con la relevancia que pueda tener para la comunidad política en forma de precedente jurisprudencial.

En una línea similar, Rosa Moreno considera que, “si el punto de partida que sirve de causa es la ineficacia social de la justicia administrativa, el principio que va a servir de fundamento a la articulación de otros medios de resolución de conflictos administrativos es el de la eficacia de las Administraciones públicas<sup>314</sup>”. En mi opinión, sin embargo, la invocación del principio de eficacia de la actuación administrativa no es apropiada. En realidad lo que se está invocando es el derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos o a la eficacia del sistema judicial previsto en el artículo 117 CE en un sentido amplio.

Por último, el arbitraje público tampoco es incompatible con la satisfacción del interés general, si se tiene en cuenta que sustituye a la jurisdicción, que también está dirigida a servir este interés. La idea de la unidad del ordenamiento jurídico y de que la búsqueda del interés general es un valor que se halla presente en todas las normas jurídicas implica reconocer que jueces y Tribunales también colaboran en la satisfacción del interés público. Es decir, la Administración no es la única organización pública que se encarga de realizarlo. El hecho de que, por razones diversas, se haya previsto que la resolución de ciertos asuntos o conflictos se articulará a través de mecanismos de carácter administrativo, no significa que la Administración sea la única institución que debe satisfacer el interés general y actuar con objetividad<sup>315</sup>.

En realidad, juzgar y hacer cumplir lo juzgado significa garantizar que las previsiones del derecho no queden en papel mojado, es decir, asegurar que sus exigencias se hagan realidad<sup>316</sup>. En esta misma línea, el hecho de que los árbitros apliquen el derecho significa que

---

<sup>314</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 12.

<sup>315</sup> A pesar de ello, esta es una idea muy arraigada en la cultura jurídico-administrativa española. Así, por ejemplo, García de Enterría y Fernández parecen partir de la premisa de que las instancias administrativas ostentan el monopolio de la “gestión de los intereses generales”: “El *punctus saliens* de la justicia administrativa es mantener esa observancia de la Ley y el Derecho y respetar, a la vez, el ámbito propio de las competencias políticas y de sus agentes, responsables de la gestión de los intereses generales”. García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:616.

<sup>316</sup> En este sentido, haciéndose eco de Karl Löwenstein, Francisco Javier Amorós Dorda afirma que la “función de juzgar es parte de la función ejecutiva. El Juez ejecuta la Ley de forma parecida a como lo hace la

también están colaborando en la consecución del interés general. El ejemplo ya citado de la dualidad de mecanismos de cumplimiento (*enforcement*) en el derecho de la competencia ilustra claramente la idea de que tanto Administración como el poder judicial son organizaciones que colaboran en la misión de interés público que representa el asegurar que se cumple lo que prevé el derecho. Esta idea se lleva hasta sus últimas consecuencias en ordenamientos como el estadounidense, en el que la ley a veces llega a ofrecer dos opciones claramente alternativas: acudir a técnicas administrativas o judiciales para hacer cumplir (*to enforce*) las disposiciones legales, como ocurre en el supuesto de la *Clean Water Act*<sup>317</sup>.

Por todo lo anterior, cualquier objeción constitucional al arbitraje público que se base simplemente en la supuesta contradicción con el principio de que la Administración sirve al interés general, resulta totalmente infundada. En efecto, esta misión no es exclusiva de la Administración sino que jueces y tribunales persiguen la misma finalidad cuando aplican el Derecho. Esto último no ha comportado ningún obstáculo institucional para que el arbitraje, en sustitución de estos, pueda “decir el derecho” y contribuir así a la realización del interés público a través del cumplimiento del derecho. El arbitraje público, como modalidad del arbitraje de derecho, representa un equivalente jurisdiccional y una institución que, si se regula adecuadamente, aplicará el derecho igual que lo haría un juez, de forma que también satisfará el interés general.

## 7. Reserva especial de jurisdicción (artículo 106.1 CE)

Según hemos visto en el capítulo anterior, algunos autores han considerado que el art. 106.1 CE establece una “reserva especial de jurisdicción contencioso-administrativa”. Es decir, que este precepto impone la existencia de un orden judicial especializado en asuntos contencioso-administrativos dentro del poder judicial. Sin embargo, una interpretación histórica y sistemática de la Constitución lleva a la conclusión de que este precepto no establece tal reserva.

En efecto, este artículo no se opondría a que el control judicial de la Administración fuera ejercido por tribunales de otro orden. Las dos garantías básicas que establece el art. 106.1 CE son, por un lado, la obligación de que se ejerza un control sobre la Administración independiente e imparcial, de carácter externo, es decir, que se lleve a cabo desde fuera de la Administración (impidiendo así adoptar un modelo como el de la justicia administrativa francés). Por otro lado, la imposibilidad de que existan ámbitos de la actuación administrativa inmunes al control judicial.

---

Administración, pero con diferente tecnicismo”. Este autor considera un anacronismo hablar de separación de “poderes” y no de “funciones”, un término que le parece mucho más fiel a la realidad. Francisco Javier Amorós Dorda, «Poder Judicial. Comentario introductorio al Título VI», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución de 1978. Tomo IX. Artículos 113 a 127*, ed. Óscar Alzaga Villaamil (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1987), 306.

<sup>317</sup> Ver nota 172.

Teniendo en cuenta todo esto, ¿las garantías que establece el artículo 106.1 CE constituyen un obstáculo para el arbitraje público? Algunos autores han visto en él la máxima expresión de la incompatibilidad constitucional del arbitraje administrativo<sup>318</sup>, pero existen también otras opiniones, según las cuales el precepto citado no impide su implantación.

Las posiciones contrarias a la constitucionalidad del arbitraje de Derecho administrativo sobre la base del artículo 106.1 CE se fundamentan, en esencia, en interpretar que este precepto establece una reserva jurisdiccional absoluta, sin matices, respecto al control de la actuación administrativa. Es decir, consideran que, a diferencia del artículo 117 CE, en el artículo 106.1 la reserva opera tanto respecto a los demás poderes del Estado, en el sentido de que el poder ejecutivo no puede mantener ningún tipo de “jurisdicción retenida” o “delegada”, como respecto a los particulares-árbitros, que, a diferencia de lo que ocurre en materias jurídico-civiles o laborales, tendrían vetada su actuación en las materias competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido se ha pronunciado, por destacar a uno de los autores que han examinado la cuestión con mayor detenimiento, Alejandro Huergo Lora. En su opinión, los árbitros no pueden sustituir la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que la razón misma de su existencia proviene de la presencia de intereses públicos. Esta presencia de interés público es la que obliga a rechazar la admisibilidad constitucional del arbitraje contencioso-administrativo, puesto que si existe un sector del ordenamiento jurídico dedicado especialmente a la Administración y que busca proteger los intereses públicos, y estos intereses son tutelados en sede judicial por un orden jurisdiccional especializado, no se puede admitir que el control de la actividad administrativa se lleve a cabo árbitros ajenos al poder judicial<sup>319</sup>.

Esta tesis puede rebatirse si recordamos lo que se ha expuesto en anteriores capítulos: el interés general no solo se halla presente en el derecho administrativo y en la jurisdicción contencioso-administrativa. De acuerdo con el argumentario de Huergo, parecería que basta con atribuir la competencia sobre un determinado asunto al orden civil para que la objeción basada en el interés público desaparezca. En cualquier caso, ya se ha acreditado que el arbitraje no es contrario al principio de satisfacción del interés público consagrado en el artículo 103.1 CE.

En esencia, la tesis que desarrollaré a continuación es que el arbitraje público resulta conforme con el artículo 106.1 CE. Este precepto consiste básicamente en una mera reiteración de la reserva del artículo 117.1, introducida con una finalidad enfática. Exige que la actividad de la Administración sea revisada por un órgano externo, imparcial e

---

<sup>318</sup> Digo aquí arbitraje administrativo porque, como veremos, la tendencia general es considerar que el art. 106.1 CE no impide utilizar el arbitraje para las controversias del sector público regidas por el derecho privado. Como señalaré, esta posición me parece contradictoria.

<sup>319</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 175.

independiente. Además, este control no puede estar limitado por ámbitos inmunes de poder, espacios de la actividad administrativa exentos de control externo. Para asegurar que este control sea totalmente externo, el precepto habla de tribunales de justicia, de forma que no permite establecer un modelo como el francés.

Como hemos visto anteriormente, la dicción literal del artículo 117.3 CE -la función jurisdiccional la ejercen “exclusivamente” jueces y tribunales- no ha impedido que el arbitraje privado se haya considerado compatible con la Constitución. Del mismo modo, el artículo 106.1 CE debe ser objeto de una interpretación sistemática y teleológica, en el sentido de que la Constitución no se opone a que el control externo de la Administración al que se refiere el artículo 106.1 CE se vehicule a través de un arbitraje. Esta institución representa un equivalente jurisdiccional que, además, puede suponer una mayor realización del derecho fundamental a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos.

La tesis que defiendo se basa en diferentes observaciones sobre el artículo 106.1 CE en relación con el arbitraje público, que expongo a continuación:

a) La constitucionalidad del arbitraje privado como punto de partida

En *primer lugar*, el punto de partida debe ser la constitucionalidad del arbitraje privado. Por de pronto, observemos que la redacción del artículo 117.3 CE es mucho más terminante que la del artículo 106.1 y ello no ha sido obstáculo para que el TC haya interpretado el artículo 117 de forma flexible, y haya admitido el arbitraje privado. Recordemos que el apartado tercero de este precepto contiene ni más ni menos que el término “exclusivamente”:

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

A pesar de lo que podría concluirse de una interpretación puramente literal, el TC ha entendido, tal y como se ha expuesto anteriormente, que esta exclusividad no debe predicarse respecto a los árbitros, sino respecto a los demás poderes del Estado<sup>320</sup>. Así pues, el propio TC ha relativizado el término “exclusivamente”, indicando que las reservas jurisdiccionales establecidas en la Constitución deben interpretarse de forma sistemática y teleológica, sobre la base de la función que cumplen los tribunales de justicia dentro del Estado de Derecho.

Si la literalidad del artículo 117.3, que contiene el término “exclusivamente”, no ha impedido que el arbitraje clásico sea considerado constitucional, difícilmente se podrá admitir que el artículo 106.1 CE deba ser interpretado de una forma más restrictiva, cuando en este último

---

<sup>320</sup> López Menudo señala muy certeramente que el arbitraje clásico ha superado la dicción literal del artículo 117.3 CE y que, por lo tanto, “ningún impedimento habría en principio para extender la misma solución a un arbitraje destinado a resolver controversias jurídico-administrativas”, «Arbitraje y Derecho Público», 12.

precepto ni siquiera se utiliza una expresión equivalente a la de “exclusivamente”<sup>321</sup>. Así pues, la constitucionalidad del arbitraje público debe partir de la misma perspectiva sistemática y teleológica que ha utilizado el TC en relación con el artículo 117.3 CE, que implica no leer estos dos preceptos desde su estricta literalidad.

En esta línea, hay que tener en cuenta que, si el artículo 106.1 CE se hubiera interpretado de forma excluyente, la ley no habría podido crear los tribunales administrativos de recursos contractuales y órganos similares. Se trata de mecanismos de resolución de conflictos con la Administración o sus personificaciones instrumentales que han sido situados formalmente en la esfera administrativa en lugar de la judicial, pero a los que la jurisprudencia del TJUE ha reconocido como órganos de carácter jurisdiccional, a efectos de poder plantear una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE)<sup>322</sup>. A ellos podrían añadirse los órganos creados por las recientes leyes de transparencia, ante los que se pueden interponer reclamaciones con carácter potestativo y previo al recurso contencioso-administrativo, frente a denegaciones de acceso a la información<sup>323</sup>.

El funcionamiento de estos mecanismos implica que muchos conflictos no lleguen a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no se ha considerado que, por esta razón, las leyes que prevén la posibilidad de acudir a ellos sean contrarias al artículo 106.1 CE. Así pues, debe concluirse que este precepto constitucional no impide que se pueda acudir a mecanismos voluntarios de resolución de conflictos, dotados de imparcialidad e independencia, distintos de la jurisdicción, como puede ser un tribunal administrativo de recursos contractuales o un arbitraje.

En este sentido, resulta muy relevante un fragmento de la STJUE *Consorti Sanitari del Maresme* citada anteriormente<sup>324</sup>, en la que el alto tribunal se refiere a la exposición del Gobierno español, según la cual, “en la práctica, los licitadores en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no recurren por lo general a la posibilidad de interponer directamente recurso contencioso-administrativo, sin haber presentado previamente ante el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic un recurso especial como el que se examina en el litigio principal. Esencialmente, los tribunales contencioso-administrativos intervienen pues, por regla general, como segunda instancia, de modo que la tarea de velar por el respeto del

---

<sup>321</sup> En este sentido, Joaquim Ferret Jacas, señala que, si se ha admitido la compatibilidad del arbitraje privado con la Constitución, no existen razones *prima facie* para considerar lo contrario en el caso del arbitraje que sustituye al proceso contencioso-administrativo, «Límites del arbitraje administrativo», 16.

<sup>322</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, párrafos 16-30. En esta sentencia, el TJUE considera que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público tiene el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 TFUE.

<sup>323</sup> Resulta interesante que los artículos 23 y 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno considera que estas reclamaciones constituyen un supuesto de sustitución del recurso administrativo en el sentido del artículo 112.2 LPAC 2015.

<sup>324</sup> Párrafo 24.

Derecho de la Unión en materia de contratos públicos en la Comunidad Autónoma de Cataluña incumbe en primer término al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic<sup>325</sup>.

De hecho, el propio legislador, a la hora de afrontar la regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, señala que es deseable que no todos los asuntos se resuelvan en la jurisdicción contencioso-administrativa. En la exposición de motivos de la LJCA, se afirma lo siguiente:

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

Estas consideraciones también son aplicables, *mutatis mutandis*, a la transacción en el proceso contencioso-administrativo. Si se considera que la regulación de la transacción en el artículo 77 LJCA es compatible con el artículo 106.1 CE, entonces debe llegarse a la misma conclusión respecto al arbitraje público<sup>326</sup>.

En definitiva, varias razones aconsejan no abordar la interpretación del artículo 106.1 CE desde un punto de vista restrictivo. Por un lado, la doctrina del TC sobre el arbitraje privado y la reserva jurisdiccional general establecida por el artículo 117.3 se fundamenta en una interpretación sistemática y teleológica del precepto, según la cual el término “exclusivamente” no debe ser leído como impedimento para el arbitraje. Por otro lado, hay que tener presente que la eficacia que han mostrado los tribunales de recursos contractuales, que ha implicado que muchos asuntos no lleguen a la jurisdicción contencioso-administrativa, no ha sido reputada como contraria al artículo 106.1 CE. De hecho, este resultado es visto como deseable por el propio legislador, que en la propia LJCA señala que deben articularse “vías complementarias de la judicial” para el control de la legalidad de la actuación administrativa.

## b) La concepción individualista del proceso contencioso-administrativo

En *segundo lugar*, la interpretación del artículo 106.1 CE debe realizarse a partir de la concepción subjetivista o individualista con la que se ha configurado el proceso contencioso-

---

<sup>325</sup> Silvia Díez Sastre señala, en el mismo sentido, que un gran número de controversias en materia de contratación pública no llegan a la jurisdicción gracias al buen papel que han desempeñado los tribunales administrativos de recursos contractuales, como ha advertido Silvia Díez Sastre, «¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?» (Instituto de Derecho local - Universidad Autónoma de Madrid, 2016), <http://www.idluam.org/blog/los-tribunales-de-recursos-contractuales-son-organos-jurisdiccionales-silvia-diez/>.

<sup>326</sup> En este sentido, Alfonso Pérez Moreno considera que la introducción de la regulación de la transacción en la LJCA demuestra que la interpretación de que el artículo 106.1 CE es contrario al arbitraje público reviste un dogmatismo que puede ser superado, «El arbitraje administrativo», 296. Una opinión también defendida por Alfonso Pérez Moreno, «Justicia administrativa y fórmulas alternativas», en *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, ed. María Jesús Montoro Chiner (Barcelona: Atelier, 2003), 177.

administrativo en nuestro sistema. Es decir, entender que es un vehículo de satisfacción de pretensiones individuales, derivado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A continuación me referiré a los rasgos de esta concepción individualista y posteriormente a las implicaciones que tiene para la constitucionalidad del arbitraje público.

*i. La “nueva justicia administrativa” de García de Enterría: una concepción individualista*

Según la teoría de García de Enterría<sup>327</sup>, que ha acabado imponiéndose en la doctrina, legislación y jurisprudencia española, el conjunto de los artículos, 24, 103 y 106.1 de la Constitución consagra un modelo de justicia administrativa dirigido primariamente a otorgar una tutela judicial efectiva a los particulares (y, en su caso, a las entidades públicas) que deseen ejercer pretensiones frente a toda aquella actuación administrativa que consideren perjudicial para sus derechos o intereses legítimos. Este autor lleva incluso más allá esta idea y entiende que el “mecanismo entero de la justicia”, con excepción del Derecho penal, constituye “un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de lucha por el propio derecho, y éste es, justamente, todo su sentido<sup>328</sup>”. En la misma línea, afirma lo siguiente:

“lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad, sino el concretísimo de estimar que la Administración le está perjudicando (luego veremos en qué esfera de realidades hay que situar ese perjuicio) al obrar fuera de la legalidad y que, por tanto, ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto ilegal que le causa. Aquí se conectan, pues, de este modo, interés subjetivo y legalidad objetiva<sup>329</sup>”.

Esta concepción individualista del control judicial de la actuación administrativa ha marcado profundamente la evolución del mismo, que ha pasado de ser un proceso de marcado carácter revisor<sup>330</sup>, un proceso “al acto administrativo”, a un proceso que pretende equipararse en la medida de lo posible con el proceso civil.

El sometimiento pleno de la Administración al derecho, en el que siempre ha insistido García de Enterría, conlleva que el papel desempeñado por los tribunales de justicia que controlan la Administración se asemeje al de cualquier otro tribunal de justicia. Este autor, por ejemplo, compara la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados propios del Derecho

---

<sup>327</sup> Difundida sobre todo a partir de su obra *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)* y complementada en otras como *Hacia una nueva justicia administrativa* (Madrid: Civitas, 1992).

<sup>328</sup> “El recurrente siente no sólo la inadmisibilidad, sino también, y quizá especialmente, la desestimación de su recurso como una negación sustantiva de sus derechos. Esta vivencia es, en efecto, subjetiva, pero es también general, lo cual denota que alguna objetividad subyace en ella; por ello no es desdeñable en absoluto, siquiera sea porque es la que mueve el mecanismo entero de la justicia. El cual, con la excepción de los asuntos penales, en los que la acción pública ha subsumido las arcaicas técnicas de composición interprivada, es siempre un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de lucha por el propio derecho, y éste es, justamente, todo su sentido”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:68.

<sup>329</sup> *Ibid.*, II:69.

<sup>330</sup> Según Guaita, el carácter impugnatorio del proceso contencioso-administrativo ha sido siempre prácticamente un rasgo definitorio del sistema español, Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», 325.

administrativo, como “interés público” o “justiprecio” con conceptos jurídicos indeterminados propios del derecho civil (buena fe, diligencia) o incluso del derecho penal (alevosía...)<sup>331</sup>. En este mismo artículo, el autor citado rechaza que el juez administrativo deba mostrar un respeto “reverencial” hacia la Administración y, por ende, a la interpretación que ella haya realizado del derecho.

Si asumimos la concepción de la justicia administrativa propugnada por García de Enterría, debemos preguntarnos entonces qué es lo que cambia, en el derecho administrativo, para que la posibilidad de someter un conflicto a arbitraje suscite tanta polémica. Si partimos de la base de que el papel del juez contencioso-administrativo no es distinto del que desempeña el juez civil, deberíamos concluir que el problema de la arbitrabilidad es el mismo en ambos casos. Así, tal y como venimos diciendo, todo indica que estamos ante una cuestión de grado y no absoluta. Es decir, puede ser que el legislador decida que en el sector público el ámbito de pretensiones arbitrables sea más reducido, pero no puede afirmarse que, *a priori*, no exista ningún espacio para el arbitraje.

Esta visión individualista o “subjetiva” de la configuración de la justicia administrativa coincide con la que predomina en otros sistemas próximos, como en el de Alemania, en el que se la considera como un mecanismo de salvaguarda de derechos y no como control objetivo de la actividad administrativa (“*Subjektiver Rechtsschutz*”<sup>332</sup>), que se podría traducir como tutela judicial efectiva subjetiva).

Santamaría Pastor también habla de la “nueva concepción” del proceso contencioso como un instrumento puesto al servicio de los administrados al criticar la regulación del desistimiento en la LJCA: “el proceso contencioso-administrativo no es un instrumento de depuración interna de la legalidad de la actuación administrativa, como pudo serlo en sus primeras etapas históricas, sino una institución concebida para la defensa de los derechos e intereses de quienes se relacionan con la Administración”<sup>333</sup>. De este modo, el autor subraya que el proceso contencioso-administrativo se configura, en nuestro sistema constitucional, de forma que el recurrente es “amo y señor del proceso”, dejando atrás la configuración que pudo apreciarse en otras épocas históricas, donde primó la concepción más “objetiva” del control de la Administración<sup>334</sup>. Actualmente, entiende el autor, el proceso contencioso-

<sup>331</sup> «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», 80-81.

<sup>332</sup> Un concepto defendido con vehemencia en Rennert, «Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts? - Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand. Referat auf dem 71. Deutschen Juristentag in Essen».

<sup>333</sup> Santamaría Pastor, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentario*, 746. En cambio, en cierta contradicción con su enfática defensa del carácter subjetivo del recurso contencioso-administrativo, García de Enterría y Fernández consideran que, en los supuestos de oposición al desistimiento, “el principio objetivo de la legalidad y el interés en una precisión del mismo en sentencia firme prima sobre el simple interés de la parte actora, que con frecuencia ha podido ser negociado con quien tiene interés en que la ilegalidad se mantenga”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:688.

<sup>334</sup> Interesa destacar, sin embargo, que el artículo 101 de la Constitución de 1931 –equivalente funcional al artículo 106.1 CE– fue interpretado por Nicolás Pérez Serrano en el sentido de que garantizaba la posibilidad

administrativo debe concebirse como proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en la medida en que es el instrumento del que disponen los ciudadanos para reaccionar contra la actividad de la Administración que lesione sus derechos o intereses legítimos<sup>335</sup>.

En definitiva, aunque históricamente pudiese haber sido distinto, actualmente, en nuestro sistema de justicia administrativa impera la concepción individualista de su función. Se considera que el objetivo principal de la jurisdicción contencioso-administrativa es la protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares afectados por la actuación administrativa, sin perjuicio de las excepciones que constituyen los sectores en los que se admite la acción pública o la acción pública modulada (legitimación de las asociaciones ecologistas en casos de medio ambiente<sup>336</sup>).

Así pues, si lo único que se halla en juego en el proceso contencioso-administrativo es el examen de la pretensión individual correspondiente, ¿qué objeción puede plantearse al arbitraje? Si García de Enterría se esfuerza al máximo en despojar al proceso contencioso-administrativo de todo rastro de “objetividad” que no se adecúe al nuevo modelo individualista, de protección de derechos e intereses legítimos, resulta proporcionalmente más difícil cuestionar el arbitraje público. Cuanto más se parece el proceso contencioso-administrativo al civil, menores diferencias existen que puedan justificar una aproximación tan radicalmente distinta respecto al arbitraje.

## ii. *Implicaciones para el arbitraje público*

Como he adelantado, la concepción individualista del artículo 106.1 CE tiene importantes consecuencias para el arbitraje público. Así, se ha destacado que la maquinaria judicial a la que alude el artículo 106.1 CE solo se activa con el concurso de un recurrente. En este sentido, Joaquim Ferret Jacas señala que este artículo “se refiere específicamente a la actividad

---

de un recurso de carácter “subjetivo”, en contraposición con el “enteco recurso subjetivo” existente hasta entonces, según se recoge en Guaita, «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración», 324.

<sup>335</sup> Enlaza así con la doctrina dominante, defendida clásicamente por García de Enterría y Fernández, que explican: “el proceso es una institución para la satisfacción de pretensiones. Son éstas las que delimitan el ámbito de los poderes del juez, al que la Constitución obliga a otorgar una tutela efectiva y plena de los derechos e intereses legítimos en juego. La justicia administrativa no es, ya lo hemos dicho, una justicia de segunda clase, ni el juez administrativo un cuasi-juez con menores poderes que los de otros órdenes jurisdiccionales. Nuestro proceso contencioso-administrativo no es tampoco, como fue originariamente el recurso francés por *excès de pouvoir*, un proceso objetivo tradicionalmente enderezado a la mera preservación de la legalidad y a la anulación pura y simple de los actos que infrinjan ésta, sino un proceso entre partes, igual que el proceso civil, en el que queda a la discreción del recurrente la posibilidad de añadir a las pretensiones de simple anulación las de reconocimiento y declaración de los derechos eventualmente lesionados por el acto recurrido y las de restablecimiento de la situación jurídica individualizada indebidamente alterada por dicho acto, como con toda claridad precisa el artículo 31 LJ”, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:532.

<sup>336</sup> Regulada en los artículos 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (transpone las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

administrativa, pero el control que preconiza necesita de la iniciativa del recurrente. La simple pasividad del mismo lo excluye, por consiguiente no es inconstitucional que voluntariamente el recurrente opte por otra vía de satisfacción de sus intereses<sup>337</sup>”. Así pues, a diferencia del orden jurisdiccional penal, en el contencioso-administrativo no existe, con carácter general, un Ministerio Fiscal “administrativo” que ejerza de oficio acciones contra la actividad ilegal de las Administraciones públicas<sup>338</sup>.

Como hemos podido ver, este autor entiende que, si el control judicial solo se activa cuando, por norma general, un particular interpone el correspondiente recurso contencioso-administrativo, resulta incoherente negar la posibilidad de la implantación del arbitraje en controversias de naturaleza jurídico-administrativa. En el fondo, se trata de un argumento *a fortiori*. Si aceptamos que, en el caso de que se produzca una irregularidad administrativa, puede que el proceso contencioso-administrativo no llegue a iniciarse nunca porque nadie la impugna, con mayor razón debemos permitir el arbitraje. En efecto, si se admite utilizar esta institución, cabe la posibilidad de que se acabe enjuiciando una actuación administrativa que, en caso contrario, nunca habría sido objeto de control.

El sistema de justicia administrativa ha ido evolucionando hasta el estado actual, en el que pueden identificarse elementos más propios del concepto tradicional de proceso civil. En efecto, tal y como acabo de exponer, en nuestro sistema el proceso contencioso-administrativo reviste por norma general un carácter “subjetivista”, en el sentido de que está encaminado a tutelar los derechos e intereses legítimos que los particulares consideren vulnerados por la actuación administrativa.

Desde este punto de vista, pues, el arbitraje no solo no es contrario al artículo 106.1 CE, sino que permite que la realidad se acerque más al ideal que este consagra. En efecto, el arbitraje puede contribuir a que el derecho a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, que al fin y al cabo es su motivo de ser, tenga más oportunidades de ser ejercido. En efecto, puede ocurrir que un recurrente que no se habría planteado interponer un recurso judicial, sí se plantee recurrir a un arbitraje.

Una razón podría ser el hecho de que el proceso judicial puede implicar que el conflicto se alargue en el tiempo, por la posibilidad de recurrir en apelación y/o casación. Hay que tener presente, que, a pesar de que el recurrente quizá solo esté dispuesto a litigar en una instancia ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aceptando la sentencia tanto si es estimatoria como desestimatoria, no puede obligar a la Administración y al resto de codemandados a aceptar esta premisa. Puede ocurrir que su recurso contencioso-administrativo se estime en

---

<sup>337</sup> «Límites del arbitraje administrativo», 16.

<sup>338</sup> Una de las pocas excepciones a este principio general es la regulación prevista en una ley posterior al artículo citado, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. En su Disposición adicional octava se reconoce la legitimación activa del Ministerio Fiscal en “cualesquiera procesos contencioso-administrativos que tengan por objeto la aplicación” de dicha ley. Se cumple así la exigencia de que la ley reconozca explícitamente esta legitimación del Ministerio Fiscal, establecida en el artículo 19.f) LJCA.

primera instancia pero el conflicto no quede zanjado, porque no puede evitar que la Administración o alguno de los codemandados recurra en apelación y/o casación esa sentencia favorable, con la consiguiente posibilidad, además, de que, en segunda instancia o en casación, se le imponga una condena en costas.

Así pues, en la mayor parte de los casos, una vez el recurrente llama a la puerta de la jurisdicción, no puede tener la certidumbre de que el conflicto quedará zanjado en una instancia. El arbitraje, por el contrario, implica que, en principio, el laudo resolverá definitivamente la controversia, puesto que la eventual acción de nulidad contra el laudo no se configura como un recurso que abra una segunda instancia. Este rasgo del arbitraje ha sido considerado como una ventaja en muchos supuestos de derecho privado y cabe imaginar que también sucedería lo mismo en muchas controversias del sector público.

Otra razón por la que este potencial recurrente, que no habría llegado a discutir la cuestión en un proceso judicial, sí decida impugnar la actuación administrativa ante un arbitraje, es el carácter flexible y especializado de este medio de resolución de conflictos. Según ya se ha dicho anteriormente, mientras al menos uno de los árbitros sea jurista, pueden formar parte del tribunal arbitral profesionales de otros campos. Esto puede contribuir a que el laudo presente una mayor exactitud y rigor técnico en comparación con una sentencia judicial. Pues bien, la posibilidad de acudir a un arbitraje puede implicar que un potencial recurrente que no habría llegado a formular su pretensión ante la jurisdicción, por la gran complejidad técnica de una controversia, sí acabe haciéndolo, puesto que el arbitraje, en estos casos, puede presentarse como una alternativa suficientemente atractiva.

En definitiva, puede haber ocasiones en las que ofrecer una alternativa arbitral al proceso judicial signifique que el potencial recurrente acabe ejerciendo su derecho a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, cuando, de no contar con esa alternativa, no lo habría hecho.

### c) El arbitraje público no crea ningún espacio de poder público inmune al control

En *tercer lugar*, el arbitraje implica añadir una vía más a las existentes para controlar a la Administración, de forma que no contradice los objetivos del artículo 106.1 CE, sino todo lo contrario. En efecto, el arbitraje público constituye un “equivalente jurisdiccional”. Comporta que un órgano externo, independiente e imparcial, ejerza un control jurídico sobre la actuación administrativa. De este modo, el arbitraje no implica crear ámbitos de poder administrativo inmunes a todo control jurídico externo, sino que contribuye a su eliminación<sup>339</sup>.

---

<sup>339</sup> En un sentido similar, Carla Esplugues Barona considera que, en relación con el art. 106.1 CE, “debe primar una interpretación 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”, Esplugues Barona, *Arbitraje y Derecho administrativo. Teoría y realidad*, 182.

En esta línea, Roberto Bustillo Bolado menciona la doctrina del TC, de acuerdo con la cual los artículos 103.1, 106.1 y 24.1 CE impiden que “puedan existir comportamientos de la Administración pública -positivos o negativos- inmunes al control judicial<sup>340</sup>”. Según el autor, esta doctrina del TC (que sin duda es deudora de la formulación doctrinal de García de Enterría<sup>341</sup>) nace de la contraposición de la idea de control judicial a “la ausencia de control”. “De ahí que las tajantes afirmaciones del carácter totémico del control judicial del artículo 106.1 quizá podrían aligerarse cuando el TC tenga como alternativa no la ausencia de control, sino el control de un tercero imparcial revestido de la autoridad de un árbitro desempeñando funciones de «equivalente jurisdiccional»<sup>342</sup>”.

Bustillo Bolado destaca que la preocupación del TC en relación con el artículo 106.1 CE es que no existan ámbitos en los que no se pueda fiscalizar la actividad administrativa, y no tanto qué tipo de órgano se encargue de ejercer el control. En este sentido, cita la STC 34/1995, de 6 de febrero. En el caso que resuelve la sentencia, la Administración pretendía que se declarara la inexistencia del derecho del particular a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa si el Jurado de Expropiación Forzosa no dictaba su resolución sobre el justiprecio. En la resolución, el TC señala que existe un “diseño constitucional” con las siguientes características:

“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, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas”.

Sobre la base del razonamiento de esta sentencia, Bustillo Bolado apunta que el arbitraje podría constituir uno de los “instrumentos procesales de control que la Constitución no define”. Es decir, se trataría de adoptar, con todas las consecuencias, la concepción jurisdiccionalista del arbitraje y sostener que la tarea desempeñada por los tribunales arbitrales cumplirá la misma función que la desarrollada por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues lo que la Constitución impone es que no existan ámbitos de poder administrativo inmunes, fuera de todo control jurisdiccional o cuasi jurisdiccional<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> STC 294/1994, de 7 de noviembre.

<sup>341</sup> *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*.

<sup>342</sup> Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 457.

<sup>343</sup> *Ibid.*, 458. Sin embargo, el autor acaba descartando esta línea interpretativa, puesto que considera que el art. 106.1 se está refiriendo a órganos judiciales cuando habla de “Tribunales”, con mayúscula. Entiende que la necesidad de que sean los órganos del poder judicial los que ejerzan este control deriva del mismo principio de Estado de Derecho. Además, añade, no se puede admitir que la Administración, previo “convenio”, pueda evadir el control del Poder Judicial”. No obstante, tal y como ya he apuntado, es perfectamente posible que sea

Por su parte, Marta García Pérez subraya que el art. 106.1 CE “debe analizarse con perspectiva histórica”<sup>344</sup>. Para la autora, lo que en realidad excluye este precepto constitucional es la configuración de un sistema de justicia administrativa “retenida” y la existencia de ámbitos inmunes de control. El derecho administrativo, añade, “no llegó a liberarse en ninguna de sus etapas de la herencia francesa”<sup>345</sup> hasta la entrada en vigor de la Constitución.

Para García Pérez, el objetivo del art. 106.1 CE es doble: en primer lugar, establecer un sistema judicialista pleno en contraposición a la justicia retenida o delegada que había operado históricamente en España. Es decir, apartarse del modelo francés, que sigue vigente, de una “jurisdicción administrativa” separada del resto del poder judicial<sup>346</sup>. El segundo objetivo sería asegurar que el control de la actuación administrativa es máximo, en contraposición a los “privilegios que impedían el conocimiento por los tribunales de decisiones administrativas de diversa naturaleza”. En otras palabras: eliminar ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control, como podrían ser los creados por la doctrina de los actos políticos.

Así pues, a juicio de García Pérez, el artículo 106.1 CE no establece que todas las controversias con la Administración deban ser sometidas a los tribunales de justicia: “no se trata tanto de que todas y cada una de las controversias en las que está implicada la Administración deban ser sometidas a los tribunales, como de evitar que los conflictos se resuelvan en el seno de la propia Administración o, simplemente, sean ajenos a cualquier tipo de control”<sup>347</sup>.

A partir de esta premisa, la interpretación que adopta García Pérez, a la que me adhiero, lleva a concluir que el artículo 106.1 se limita a reiterar lo que ya se podría inferir del artículo 117 CE: al poder ejecutivo no se le pueden atribuir funciones jurisdiccionales, que corresponden exclusivamente al poder judicial. Se trata, en definitiva, de concebir la reserva jurisdiccional como tradicionalmente ha sido entendida, como una protección a favor de jueces y

---

el poder legislativo y no el poder ejecutivo, caso a caso, el que decida si un determinado tipo o ámbito de controversias pueden someterse a arbitraje.

<sup>344</sup> *Arbitraje y derecho administrativo*, 39.

<sup>345</sup> Como máxima expresión de esta “herencia”, la autora cita la famosa Ley revolucionaria francesa de 16-24 de agosto de 1790, según la que “Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni interferir *-troubler-* sobre las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”, *Ibid.*

<sup>346</sup> *Ibid.*, 40.

<sup>347</sup> En el mismo sentido, Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 77. A pesar de no ser demasiado claro en su exposición, este autor se declara explícitamente a favor de la constitucionalidad del arbitraje administrativo en *Ibid.*, 97.

tribunales, frente a las eventuales injerencias del poder legislativo o ejecutivo, pero no frente a los árbitros<sup>348</sup>.

En el fondo, lo que hace el artículo 106.1 es especificar, por si quedaban dudas a pesar del tenor literal del artículo 117 CE, que, respecto a los litigios surgidos en torno a la actividad de la Administración pública, el Ejecutivo no puede invadir la función de control que se atribuye al poder judicial. En este sentido, todo intento de mantener un sistema de justicia administrativa donde la Administración conserve facultades de autocontrol que excluyan el enjuiciamiento por parte de jueces y magistrados contravendrá la Constitución.

En definitiva, se trata de garantizar la *independencia* del órgano de control, estableciendo que este debe ser completamente externo. Así pues, parece que el constituyente desconfiaba del modelo francés, aún vigente, a pesar de que con el tiempo ha demostrado que sus jueces administrativos cumplen el requisito de independencia<sup>349</sup>. Parece, en efecto, que la preocupación principal que refleja este precepto es que se establezca un control independiente que asegure que la actividad administrativa se lleva a cabo de acuerdo con el ordenamiento jurídico. El artículo 106.1 CE es, en este sentido, la consecuencia lógica de lo que establece el artículo 103.1 cuando habla del “sometimiento pleno a la ley y el Derecho”.

Karl Löwenstein afirma que “es menos importante la vieja cuestión de tribunales administrativos contra tribunales ordinarios, que la necesidad de someter todos los conflictos jurídicos, en último término, a la competencia de un tribunal auténtico y verdaderamente independiente<sup>350</sup>”. Desde este punto de vista, el arbitraje público no resulta contrario al espíritu del artículo 106.1 CE, puesto que la institución arbitral parte de la premisa de la independencia, hasta el punto de que si en un procedimiento arbitral concreto no se ha cumplido este requisito, el laudo puede ser declarado nulo.

---

<sup>348</sup> López Menudo señala muy certeramente que el arbitraje clásico ha superado la dicción literal del artículo 117.3 CE y que, por lo tanto, “ningún impedimento habría en principio para extender la misma solución a un arbitraje destinado a resolver controversias jurídico-administrativas”. Identificado el art. 106.1 CE como el posible obstáculo añadido, este autor entiende que en realidad no lo es, puesto que “la “reserva de jurisdicción” que la Constitución consagra, interpretada con la debida perspectiva histórica, no es sino el condensado, usando palabras de MUÑOZ MACHADO, de una lucha secular por el control judicial y la exclusión de facultades jurisdiccionales de la Administración; planteamiento que dejaría imprejuizada la cuestión de si la Ley puede depositar el poder de resolver contiendas administrativas con eficacia de cosa juzgada en personas o instituciones que aunque no pertenecientes a la organización judicial tampoco sean órganos administrativos. Interpretado esto así, lo que la Constitución estaría proscribiendo es que la Administración detentase a través de órganos “arbitrales” pseudoindependientes parcelas de “justicia retenida”, mas no estaría prohibiendo un genuino arbitraje de Derecho público, si bien sometido a inexcusables límites derivados del sistema en su conjunto”, López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 12-14.

<sup>349</sup> En este sentido, por ejemplo, Karl Löwenstein señala que “los tribunales administrativos se han mantenido tan independientes como los tribunales ordinarios”. De hecho, este autor subraya que en muchos aspectos la jurisdicción administrativa francesa era más garantista –en 1969, fecha de la obra original– que, por ejemplo, la jurisdicción ordinaria británica. Löwenstein, *Teoría de la Constitución*, 306-7.

<sup>350</sup> Löwenstein, *Teoría de la Constitución*

Se podría argumentar que la aprobación de una ley general de arbitraje público y la posterior aprobación de una ley sectorial que permita el arbitraje en algunos ámbitos sí podrían constituir una violación de la reserva jurisdiccional por parte del legislador. Según este argumento, el poder legislativo estaría invadiendo el espacio del poder judicial porque el resultado de estas leyes sería que el poder judicial dejaría de resolver determinadas controversias. Este razonamiento, sin embargo, sería contrario a la interpretación que se ha dado al artículo 117.3 CE en relación con el arbitraje privado. De acuerdo con la doctrina del TC, es lícito que el legislador establezca la posibilidad de que los árbitros resuelvan controversias y se erijan en “equivalente jurisdiccional”. Así pues, en el caso de las leyes de arbitraje público sucedería lo mismo que con el arbitraje clásico. En ningún caso se estaría ante un supuesto de una auténtica invasión jurisdiccional por parte del legislador, como sucede con las leyes singulares sin justificación o con las normas interpretativas que comprometen la independencia judicial<sup>351</sup>.

Así pues, el artículo 106.1 CE no constituye ningún impedimento para el arbitraje público porque la sustitución de la jurisdicción en el control de la actividad administrativa no es contraria a la finalidad que este artículo persigue, que es evitar la existencia de espacios de poder administrativo inmunes a cualquier control externo. Esta conclusión se ve reafirmada, además, por el origen del precepto, que es el deseo de explicitar el rechazo a un modelo de justicia administrativa que atribuya a la propia Administración el control de sí misma y garantizar que el derecho a la tutela judicial efectiva no encontrará obstáculos injustificados cuando el litigio se trabe frente a una Administración.

En resumen, pues, el arbitraje público no comporta la ausencia de un control jurídico externo de la Administración, por parte de un tercero imparcial e independiente, sino todo lo contrario, por lo que también desde este punto de vista debe reputarse totalmente conforme con el artículo 106.1 de la Constitución.

#### d) Las controversias del sector público de derecho privado

En *cuarto lugar*, diversos autores han considerado que el artículo 106.1 CE constituye un obstáculo insalvable para el arbitraje contencioso-administrativo, pero que este obstáculo no existe si la actuación administrativa enjuiciada se halle sujeta al derecho privado. En este sentido, Roberto Bustillo Bolado considera que la prohibición del arbitraje que, supuestamente, contiene el art. 106.1 CE, no afecta a las “entidades privadas integrantes del sector público”, que, en su opinión, no están sometidas al art. 103 ni al art. 106.1 CE. Eso sí, entiende que estos preceptos constitucionales impiden que tanto las personas jurídico-públicas con régimen jurídico privado como las Administraciones Públicas en relación con su actividad privada puedan someterse a arbitraje<sup>352</sup>. Del texto de este autor se deduce que

---

<sup>351</sup> Ambos fenómenos son estudiados en el capítulo dedicado a “La configuración constitucional del poder judicial y los límites de las intervenciones legislativas” en Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, 44-73.

<sup>352</sup> *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 460.

llega a esta conclusión porque, aunque la actuación de la Administración pública se sujete a derecho privado, “en ambos casos están por igual en juego los intereses generales<sup>353</sup>”. De este modo, el razonamiento del autor entra en contradicción, puesto que si lleva este último argumento hasta las últimas consecuencias, debería interpretar que el artículo 106.1 CE también impide utilizar el arbitraje en los conflictos con entidades privadas del sector público.

Por su parte, Huergo Lora ve en el artículo 106.1 CE un obstáculo que el arbitraje contencioso-administrativo no puede sortear en ningún caso<sup>354</sup>. La posición de este autor parte de una separación total de la actuación administrativa sometida a derecho privado de la sometida a derecho administrativo, cuando se trata de analizar la posibilidad de utilizar el arbitraje.

En mi opinión, esta separación no es convincente, como desarrollaré en el capítulo VI, referente a los criterios de arbitrabilidad. En esencia, esta perspectiva no me parece apropiada porque no adopta la concepción unitaria del sector público, que es la única que se ajusta al carácter instrumental de la utilización del derecho privado. Además, también obvia la poca nitidez que tiene la frontera entre el derecho público y el derecho privado, sin que pueda afirmarse que en un ámbito impera el interés público y en el otro no. Por el contrario, el interés público subyace a la totalidad del ordenamiento jurídico, incluido el derecho privado, y ello no ha impedido que en este último sector se haya admitido el arbitraje.

En vista de estas consideraciones, me parece que la tesis de Huergo sobre la interpretación del artículo 106.1 CE entra en tensión: si el artículo 106.1 CE impone una reserva especial de jurisdicción con carácter absoluto, en el sentido de que no permite que un árbitro desempeñe la función de control que ejerce el juez, ¿es tan fácil como huir al derecho privado para sortearla? Aunque la Administración actúe bajo formas de derecho privado, estas no dejan de ser una entidad del sector público y por lo tanto no desaparece el interés público que con tanta claridad identifican muchos autores en la actuación formalmente administrativa.

En otras palabras, no puede defenderse al mismo tiempo la admisibilidad constitucional de utilizar el arbitraje en los conflictos del sector público que deben ser resueltos conforme al derecho privado y descartar la de los que se sujetan a derecho administrativo, dado que, si existiese realmente esta reserva jurisdiccional frente al arbitraje público, resultaría aplicable en ambos casos.

En definitiva, todas estas observaciones permiten afirmar que el artículo 106.1 CE no constituye un obstáculo constitucional para el arbitraje público.

---

<sup>353</sup> Ibid., 466.

<sup>354</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 202.

## 8. Principio democrático

En el ámbito contencioso-administrativo ha tenido lugar un debate complejo e intenso alrededor de la relación entre el principio de control judicial de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) y el principio democrático consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución.

Por un lado, autores como Parejo Alfonso<sup>355</sup> o Sánchez Morón<sup>356</sup> han defendido que el control ejercido por los tribunales contencioso-administrativos debe ser especialmente restringido cuando la actuación administrativa enjuiciada se halla teñida por la legitimación democrática que ostenta la Administración pública, esto es, básicamente, el ámbito de la discrecionalidad. Por otro lado, un sector doctrinal presidido por García de Enterría ha defendido con igual vehemencia que democracia y control judicial de la Administración no son principios opuestos, sino que es precisamente a través del control judicial de la Administración como se asegura que su actuación se ajusta a la Ley, expresión primigenia del principio democrático<sup>357</sup>. Finalmente, la tesis que se ha impuesto es la defendida por García de Enterría.

De este modo, si el control judicial de la actuación administrativa es estrictamente jurídico, el hecho de que sea un tribunal arbitral y no un tribunal estatal el que resuelva una controversia no debería ser considerado problemático. En efecto, el tribunal, sea de carácter arbitral o estatal, debe ceñirse a los aspectos jurídicos del caso y no entrar a valorar la eventual vertiente política del conflicto. Sin embargo, como explico en el capítulo VII, el legislador puede considerar que, por razones de oportunidad, aquellas controversias en las que puedan aparecer con más frecuencia elementos discrecionales, sean excluidas del ámbito de acción del arbitraje.

Por otro lado, el arbitraje público puede presentar un reto al principio democrático desde el punto de vista de su relación con la jurisprudencia. Al analizar el valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Víctor Ferreres Comella señala que la opción más acorde con el principio democrático es que se reconozca su carácter vinculante<sup>358</sup>. Esta reflexión es de interés para el arbitraje público, puesto que uno podría afirmar que, si se

---

<sup>355</sup> *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa* (Madrid: Tecnos, 1993).

<sup>356</sup> *El control de las administraciones públicas y sus problemas* (Madrid: Instituto de España: España Calpe, 1991).

<sup>357</sup> *Democracia, jueces y control de la administración*, 6a ed. (Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009).

<sup>358</sup> “En realidad, es más democrático que la jurisprudencia del Tribunal Supremo fije un criterio uniforme y vinculante para los tribunales inferiores, pues entonces el Parlamento puede “dialogar mejor” con el poder judicial: al observar la glosa jurisprudencial con la que el Supremo especifica y completa las leyes, el Parlamento está en mejor posición para decidir si es necesario introducir modificaciones legislativas que corrijan esa glosa. El Parlamento tiene un mayor incentivo institucional para hacer el seguimiento de la jurisprudencia si sabe que ésta es vinculante para todos los jueces, que si sabe que no lo es”, Víctor Ferreres Comella, «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, ed. María Isabel de la Iglesia Monje (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 68.

preserva el carácter general del laudo como no revisable por la jurisdicción, entonces no existe ninguna garantía de que se respete la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esto significaría que la interpretación del derecho en aquellos sectores abiertos al arbitraje no podría ser objeto de un seguimiento tan sistemático por parte del Parlamento. En efecto, a pesar de que se exija la publicidad del laudo, el tribunal arbitral puede sentirse con mayor autonomía para desafiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que un tribunal de justicia inferior, puesto que la acción de nulidad del laudo no puede equipararse ni con un recurso de apelación o casación.

Frente a esta objeción deben realizarse dos observaciones. En primer lugar, la acción de nulidad no constituye un recurso de apelación o casación, ciertamente, pero sí permite examinar si el laudo ha contravenido el orden público, entendido como el núcleo fundamental del ordenamiento jurídico. Así pues, si bien es cierto que los árbitros pueden sentirse con mayor capacidad para llevar a cabo una interpretación “experimental” o “creativa” del derecho, apartándose de la jurisprudencia del TS, también es cierto que una interpretación de tal tipo puede ser considerada contraria al orden público, y, por lo tanto, comportar la nulidad del laudo. De este modo, el poder judicial siempre será el que tenga la última palabra respecto al margen de autonomía que tienen los árbitros para innovar en la interpretación del derecho.

En segundo lugar, en el modelo de arbitraje público que defiende, es el parlamento, después de un debate democrático, quien debe indicar si un ámbito del sector público puede abrirse al arbitraje. De este modo, si el Parlamento ve disminuida su capacidad de seguimiento de la jurisprudencia en un determinado sector será porque así lo ha decidido, y al inclinarse por esta opción, habrá tenido en cuenta el efecto que puede tener la utilización del arbitraje sobre el seguimiento sistemático de la jurisprudencia.

Además, creo que, si el legislador decide autorizar el uso del arbitraje en un determinado ámbito, es porque considera que la capacidad de seguimiento de la jurisprudencia no es igual de relevante que en otros ámbitos. Como explico en el capítulo VII, uno de los criterios que debería seguir el legislador a la hora de decidir sobre la arbitrabilidad es la importancia de la jurisprudencia en aquel sector determinado. Si se quiere primar la función de la jurisdicción como creadora de normas públicas, en forma de precedente jurisprudencial, entonces el arbitraje no será un recurso adecuado. Si, en cambio, en un ámbito concreto se prima la función de resolución de conflictos, el arbitraje aparecerá como una buena opción.

## **9. Una ley general de arbitraje público**

Según hemos visto antes, autores como Huergo Lora consideran que el arbitraje, en general, solo resulta conforme a la Constitución si se halla regulado por una ley. Este autor destaca que someterse a arbitraje supone renunciar a un derecho fundamental, el derecho a la tutela

judicial efectiva. Y la renuncia a un derecho de este tipo debe venir amparada y regulada por una ley para que pueda ser conforme con la Constitución<sup>359</sup>.

Independientemente de que la Constitución exija una ley general que regule el arbitraje público, lo cierto es que esta sería la vía más adecuada para despejar las dudas que envuelven la institución. Sin un acto claro del legislador en el sentido de “autorizar” con carácter general la utilización de este mecanismo en el sector público, los recelos frente la figura probablemente impedirán que se implante. Uno de los países que se ha inclinado por esta opción es el Perú. Su Ley General de Arbitraje regula el “arbitraje de Estado” y cuenta con una ley específica para el arbitraje sobre contratación administrativa<sup>360</sup>. Otro ejemplo de esta opción es Portugal, que ha establecido el arbitraje obligatorio para la Administración en ciertos asuntos fiscales<sup>361</sup>.

La pregunta que debemos formularnos entonces es si la LArb 2003 puede ser considerada como la ley general que regula el arbitraje público y que ampara la renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva que supone acudir a este mecanismo en lugar de la jurisdicción o bien debe aprobarse una nueva ley, que regule esta institución con carácter general. En el capítulo VIII examino esta cuestión y defiendo que resulta más adecuado contar con una ley general de arbitraje público.

## 10. Derecho de la Unión Europea

Para comprobar la viabilidad del arbitraje público no solo hay que verificar que este se adecúa a la Constitución, sino que también debe dilucidarse si resulta conforme al derecho de la Unión Europea (en adelante, derecho de la Unión). Hay que recordar, que este derecho goza de primacía frente al derecho interno, incluso frente a la propia Constitución<sup>362</sup>, por lo que la conformidad del arbitraje público a la Constitución no implica, automáticamente, que también se ajuste al derecho de la UE.

El punto de partida es el principio de autonomía procesal de los Estados miembros de la Unión, que permite que estos determinen de qué modo se articularán los mecanismos de cumplimiento del derecho de la Unión. Así pues, desde el punto de vista de este ordenamiento, no existiría, de entrada, un impedimento para utilizar el arbitraje.

---

<sup>359</sup> *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 154. En el mismo sentido, *Ibid.*, 169. Juan Rosa Moreno también se ha pronunciado en la misma línea, *El arbitraje administrativo*, 19.

<sup>360</sup> Beatriz Díaz Madrera, «El arbitraje y el Derecho de la contratación pública», en *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, ed. Jorge Luis Collantes González (Lima: Palestra, 2007), 157.

<sup>361</sup> Decreto-ley n° 10/2011, de 20 de enero. Sobre las características y funcionamiento de este tipo de arbitraje, muy similar al modelo que propongo en esta tesis, ver Sánchez Freire y Gorjão Henriques, «El arbitraje de disputas tributarias en Portugal y reflexiones sobre su posible implantación en España».

<sup>362</sup> STJUE *Stefano Melloni*, de 26 de febrero de 2013 (C-399/11).

A partir de aquí, sin embargo, la cuestión es más complicada, puesto que la jurisprudencia del TJUE en relación con el arbitraje no ha seguido una trayectoria del todo clara. Para intentar dilucidar si el arbitraje público resultaría conforme con esta jurisprudencia, debe partirse del caso *Nordsee*<sup>363</sup>, en el que el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) consideró que un tribunal arbitral que conoce de un litigio entre particulares no está legitimado para plantear una cuestión prejudicial, a pesar de que, para la resolución del conflicto, este deba aplicar normas del derecho de la Unión. Así pues, no consideró que esta institución fuera incompatible con el derecho de la Unión, pero consideró que el hecho de que naciera de la voluntad de las partes implicadas comportaba que un tribunal arbitral no constituye un órgano de carácter jurisdiccional a efectos de poder plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE.

Esta posición fue confirmada en el caso *Eco Swiss*<sup>364</sup>, en el que el TJCE validó el arbitraje como institución capaz de aplicar el derecho de la Unión en materia de competencia, pero señalando que la vulneración de sus normas fundamentales debe ser considerada como una infracción del orden público y, por lo tanto, constituir un motivo de la nulidad del laudo, si la ley nacional lo prevé como tal. En el marco de esta eventual acción de nulidad, el órgano judicial sí podrá plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del derecho de la Unión que resulte relevante para determinar si el laudo arbitral es nulo.

Pues bien, alguien podría plantear que, cuando se trata de un arbitraje público, la solución que ofrece la jurisprudencia de Luxemburgo sobre arbitraje privado no es satisfactoria, si se tiene en cuenta el interés general que supuestamente impregna con mayor intensidad todo conflicto con una entidad pública. Sin embargo, como he desarrollado en los capítulos II y III, no creo que pueda distinguirse de forma radical entre conflictos entre particulares de derecho privado y conflictos del sector público. La presencia o no de interés público no puede ser el criterio diferenciador, puesto que la totalidad del ordenamiento jurídico se inspira en el interés público. Bajo este punto de vista, si el TJCE consideró que negar la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial durante un procedimiento arbitral mercantil es la solución que se infiere de los tratados, ¿por qué debería ser distinto en el caso del arbitraje público?

La jurisprudencia del TJUE, sin embargo, ha evolucionado, y ha adoptado soluciones distintas para supuestos de arbitraje que se acercan más al modelo que aquí estudio. Concretamente, el TJUE ha ido flexibilizando los requisitos para ser considerado órgano judicial a efectos de poder plantear cuestiones prejudiciales al amparo del art. 267 TFUE, y ha considerado que los tribunales arbitrales en materia administrativa y fiscal que prevé la

---

<sup>363</sup> STJUE *Nordsee*, de 23 de marzo de 1982, (C-102/81).

<sup>364</sup> STJUE *Eco Swiss*, de 1 de junio de 1999 (C-126/97).

legislación portuguesa<sup>365</sup>, que presentan rasgos equivalentes a los del modelo que propongo en esta tesis, constituyen un órgano judicial por lo que se refiere a su capacidad de plantear cuestiones prejudiciales. Esta fue la conclusión de la sentencia *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*<sup>366</sup>, relativa a una cuestión prejudicial remitida por uno de estos tribunales arbitrales.

Tal y como destacó el abogado general Niilo Jääskinen en un caso posterior, este arbitraje “se presentaba como una vía alternativa de resolución de litigios en materia tributaria y cuyas decisiones eran vinculantes para las partes. En materia tributaria, como en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, el contribuyente podía acudir ante el tribunal de lo contencioso-administrativo o solicitar la constitución de un tribunal arbitral en materia tributaria, debiendo la administración tributaria aceptar dicha decisión. El arbitraje tributario no era, por tanto, un medio jurídico adicional del que dispusiera el contribuyente, sino verdaderamente *una alternativa a la Justicia tradicional*”<sup>367</sup>.

Como puede verse, la constitución de este tribunal arbitral se pone en marcha cuando lo solicita el recurrente. Por lo tanto, nace de la “voluntad” de una parte. Sin embargo, por otro lado, la ley prevé que la Administración no puede oponerse a dicha solicitud (se trata del modelo de la *standing offer* que defiendo para mi propuesta, propio también de los tratados de protección de inversiones). Este es el elemento clave para el TJUE, que distingue este tipo de arbitraje del arbitraje de derecho privado, en el que debe concurrir un acuerdo expreso entre las partes.

Así pues, desde esta perspectiva, se podría tratar el arbitraje público que estudio aquí de la misma forma y permitir que los árbitros puedan plantear cuestiones prejudiciales o de validez ante el TJUE. En efecto, se puede considerar la competencia del arbitraje público que propongo en este trabajo, igual que en el sistema de arbitraje administrativo portugués, no depende de la existencia de un convenio arbitral al estilo del arbitraje privado, sino que se halla prevista por la ley, de modo que se cumple el requisito del “origen legal” que establece la jurisprudencia del TJUE en la materia.

Por otro lado, el modelo de arbitraje público que defiendo aquí también cumpliría, igual que el arbitraje administrativo portugués, el resto de criterios recogidos en esta jurisprudencia. Como he argumentado anteriormente, no solo contaría con una ley general que lo regulara, y por lo tanto, satisfaría el requisito de “origen legal” del mecanismo, sino que tendría un carácter “permanente” en el sentido de la jurisprudencia del TJUE, puesto que, si bien la

---

<sup>365</sup> Decreto-ley nº 10/2011, de 20 de enero. Sobre las características y funcionamiento de este tipo de arbitraje, muy similar al modelo que estudio en esta tesis, ver Sánchez Freire y Gorjão Henriques, «El arbitraje de disputas tributarias en Portugal y reflexiones sobre su posible implantación en España».

<sup>366</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de junio de 2014, C-377/13.

<sup>367</sup> Conclusiones del abogado general Sr. Niilo Jääskinen presentadas el 7 de julio de 2015, C-203/14 *Consorti Sanitari del Maresme contra Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, párrafo 43.

composición de cada tribunal arbitral sería efímera, la disponibilidad del mecanismo sería permanente<sup>368</sup>. Por último, igual que ocurriría si se analizara la regulación de la LArb 2003, se cumplirían los requisitos de contradicción, independencia e imparcialidad y carácter jurisdiccional de la resolución.

En definitiva, el TJUE, al admitir la posibilidad de que un tribunal arbitral en materia contencioso-administrativa como el que prevé la legislación portuguesa pueda plantear cuestiones prejudiciales, ha confirmado, implícitamente, la conformidad de un arbitraje público que siga este modelo con el derecho de la Unión.

Este escenario favorable al arbitraje público no ha sido alterado por la STJUE *Achmea*<sup>369</sup>. En esta sentencia, el TJUE ha declarado que los artículos 267 y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a las previsiones de tratados internacionales que permitan celebrar un arbitraje inversor-Estado “intra-UE”, es decir, entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro. En el caso concreto de *Achmea*, se trataba de un arbitraje entre una compañía aseguradora neerlandesa y la República de Eslovaquia, celebrado en la ciudad alemana de Frankfurt, bajo las reglas UNCITRAL, en virtud de la cláusula arbitral que contenía un tratado bilateral de inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Checoslovaquia, en 1991.

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia se apartó totalmente de las conclusiones del abogado general, que se inclinaban por aplicar los mismos razonamientos que en los casos citados de *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* o del *Consorti Sanitari del Maresme contra Corporació de Salut del Maresme i la Selva*. En opinión de los jueces de Luxemburgo, el tribunal arbitral del caso *Achmea* no podía considerarse como un órgano permanente, sino excepcional.

A mi parecer, el TJUE no ha explicado suficientemente por qué, en el caso de estos arbitrajes de inversiones, considera que se pone en riesgo la interpretación uniforme del derecho de la Unión y, en los demás supuestos de arbitraje, no. Seguramente, detrás del rechazo a este tipo de arbitrajes de inversiones están otros factores, como la percepción de que resultan discriminatorios o que han perdido su razón de ser, una vez los dos Estados parte del tratado forman parte de la Unión Europea. Como he señalado antes, la institución del arbitraje de inversiones nace en un contexto totalmente distinto del arbitraje público que aquí estudio<sup>370</sup> y tiene una naturaleza notablemente diferente. En consecuencia, no me parece que de la

---

<sup>368</sup> “En efecto, tal y como puso de manifiesto el Abogado General en el punto 37 de sus conclusiones, aun cuando la composición de las formaciones juzgadoras del Tribunal Arbitral Tributário sea efímera y que la actividad de éstos termina después de que hayan resuelto, no es menos cierto que, en su conjunto, el Tribunal Arbitral Tributário presenta, como elemento de dicho sistema, un carácter de permanencia”, STJUE *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, párrafo 26.

<sup>369</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 6 de marzo de 2018, C-284-16.

<sup>370</sup> Ver capítulo V.4.

STJUE *Achmea* se pueda extraer la conclusión que el arbitraje público “interno” que estudio aquí no es compatible con el derecho de la Unión.

En definitiva, pues, de conformidad con los criterios expresados por el TJUE en el caso *Ascendi Beiras Litoral e Alta*, el derecho de la Unión Europea no plantea ningún obstáculo, de entrada, para el arbitraje público objeto de la presente investigación.

## 11. Derecho internacional público

Por último, también debe analizarse la figura del arbitraje público desde el punto de vista de los tratados internacionales, distintos de los de la Unión Europea, que pueden tener relevancia para esta institución.

### a) Concepto “comercial” en la Convención de Nueva York

En primer lugar, debo referirme al tratado internacional más importante en el campo del arbitraje, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York).

La Convención entró en vigor para España el 10 de agosto de 1977<sup>371</sup> y hay que destacar que, en su adhesión, España no se acogió a la posibilidad que brinda el artículo I.3, último inciso, de la Convención, de limitar la aplicación de este tratado a “los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”. De este modo, al no formular ninguna declaración en este sentido, España ha seguido la línea de Estados como Alemania, Suiza o Italia, y no la de otros como Argentina o los Estados Unidos<sup>372</sup>.

La versión española de la Convención emplea la expresión “comercial” como equivalente al término “*commercial*” en inglés, pero el término “mercantil” me parece más adecuado a nuestra tradición jurídica. Esto significa que, si el laudo extranjero en cuestión se halla dentro del ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, las excepciones al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero basadas en la no arbitrabilidad deberán interpretarse de forma restrictiva, tanto si la controversia es de carácter “comercial” como si no lo es.

---

<sup>371</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 164, de 11 de julio de 1977.

<sup>372</sup> La situación actual sobre el estado de la Convención puede verse en [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2), consultada el 3 de noviembre de 2019. Para un comentario comparado sobre las reservas y declaraciones en relación con la Convención de Nueva York, ver George A. Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», en *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, ed. George A. Bermann (Springer, 2017), 9-10.

A primera vista, parecería que los conflictos en los que se puede utilizar el arbitraje público que aquí estudio no estarían dentro del ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, porque el laudo arbitral no sería un laudo arbitral “extranjero”. Sin embargo, la interpretación que se ha dado al concepto “comercial” mencionado en el artículo I.3 de la Convención resulta de interés para nuestro objeto de estudio, incluso teniendo en cuenta que España no se ha acogido a la posibilidad de reserva “mercantil” que ofrece el artículo I.3 de la Convención de Nueva York.

Si se interpreta el término “*commercial*” en un sentido autónomo y expansivo, tal y como aboga Gary Born<sup>373</sup>, hay que preguntarse si parte del denominado derecho administrativo no se hallaría bajo su ámbito de aplicación. Según Born, ejemplos de ámbitos en los que se puede imaginar que la controversia no puede ser considerada de carácter mercantil serían, entre otros, el derecho de familia (“*domestic relations*”), el derecho penal, y “algunas cuestiones” de derecho administrativo, de sucesiones y de religión. Pero después añade un inciso importante, cuando señala que “la mayoría de estas cuestiones se han aboradado a través de las excepciones de no arbitrabilidad<sup>374</sup>”.

Así pues, el concepto “mercantil” de la Convención de Nueva York es un concepto autónomo, con un ámbito de aplicación más amplio que el interno español. Por consiguiente, incluso si España hubiera formulado la reserva de aplicación exclusiva a disputas “mercantiles” al amparo del artículo I.3 de la Convención de Nueva York, este tratado seguiría siendo aplicable a más controversias de las que podría parecer en un primer momento.

En efecto, según Born, este término solo permitiría excluir algunos conflictos de derecho administrativo, pero no todos. Podemos pensar, por ejemplo, en el campo de la contratación pública, que sería muy difícil defender que no es “mercantil” a los efectos de la Convención de Nueva York. Lo mismo sucedería en ámbitos como el de la gestión o ejecución urbanística, en el que las controversias giran alrededor de cómo se ejecutan las previsiones del planeamiento urbanístico, y, en particular, en torno a las consecuencias económicas de la decisión de transformar urbanísticamente unos determinados terrenos.

En este sentido, Born defiende que los Estados parte en la Convención de Nueva York no deberían estar habilitados para definir como cuestiones no mercantiles todas aquellas en las que interviene el ánimo de lucro, en transacciones económicas negociadas o en actividades similares de negocios. Si los Estados desean excluir la posibilidad de un arbitraje en un determinado ámbito de su ordenamiento, entonces la vía adecuada para hacerlo consistirá en utilizar la doctrina de la no arbitrabilidad, pero no a través de su calificación como “no mercantil”. La figura de la arbitrabilidad, señala, permite delimitar el ámbito de acción del

---

<sup>373</sup> *International Commercial Arbitration*, I:297.

<sup>374</sup> *Ibid.*, I:297, nota 383.

arbitraje, en atención a las políticas públicas de cada Estado, de una forma más personalizada y más “a medida” (“*more nuanced and tailored rules of non arbitrability*”)<sup>375</sup>.

En definitiva, si España hubiera formulado la reserva “mercantil” al amparo del artículo I.3 de la Convención de Nueva York, este tratado no permitiría excluir de su ámbito de aplicación (y por lo tanto, de sus garantías) las controversias que el derecho interno califica como de derecho administrativo, pero que presentan un carácter “mercantil” a efectos de la Convención.

Como hemos comprobado, España no ha formulado esta reserva, de modo que la Convención de Nueva York resulta aplicable a todo convenio o laudo extranjero, sin necesidad que se refiera a una controversia “mercantil”, en el sentido autónomo que tiene este concepto. De este modo, aunque se considerara que un laudo extranjero versa sobre una cuestión de derecho administrativo, los órganos judiciales españoles no podrían denegar su reconocimiento y ejecución afirmando que la controversia no hace referencia a una cuestión mercantil.

En cambio, sí podrían llegar a considerar que el convenio o laudo en cuestión no puede ser reconocido o ejecutado sobre la base de excepciones de arbitrabilidad. Es decir, podrían fundamentar su negativa a reconocer o ejecutar el convenio o laudo extranjero basándose en que el ordenamiento jurídico español veta el arbitraje en el ámbito concreto en el que se inscribe el convenio o laudo en cuestión. La cuestión de la arbitrabilidad es objeto de los capítulos VI y VII de esta tesis, de modo que analizaré allí las implicaciones que tiene esta conclusión.

## b) Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional de 1961

España también es parte de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecha en Ginebra el 21 de abril de 1961<sup>376</sup> (en adelante, Convenio de Ginebra), que hace referencia explícita al arbitraje público. En consecuencia, resulta imprescindible examinar si la legislación interna y la jurisprudencia sobre esta cuestión respetan las obligaciones internacionales derivadas del Convenio.

El artículo I de este tratado internacional prevé que se aplicará a los arbitrajes (tanto al convenio arbitral como al procedimiento y al laudo) que, “para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes”.

---

<sup>375</sup> Ibid., I:307.

<sup>376</sup> Ratificado el 5 de marzo 1975, publicado en el BOE el 4 de octubre del mismo año.

En el artículo II del mismo texto, que trata sobre la “*Facultad de las personas morales de derecho público de someterse al arbitraje*”, se contempla que, en los convenios arbitrales citados en el artículo I, “las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como «personas morales de derecho público» estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales”.

Como se puede comprobar, pues, el artículo II.1 del Convenio de Ginebra reconoce la capacidad de las personas jurídico-públicas para someterse a arbitraje. Hay que tener en cuenta, además, que, a pesar de que el artículo II.2 del Convenio reconoce la posibilidad de formular una reserva a la aplicación de esta facultad de las personas jurídico-públicas, España no lo ha hecho.

Así pues, el ordenamiento jurídico español, en la medida en que ha incorporado el mencionado tratado, no solo no impide, sino que autoriza de forma explícita el arbitraje entre personas jurídico-públicas y personas jurídicas o físicas extranjeras a efectos del artículo 1.a) del tratado, cuyo objeto sea una controversia surgida o por surgir de una “operación de comercio internacional”.

Precisamente el Convenio de Ginebra ha sido utilizado como argumento para defender la aplicabilidad de la legislación general de arbitraje a las personas jurídico-públicas. En este sentido, Antonio M<sup>a</sup> Lorca Navarrete señalaba que el artículo 1 de la antigua LArb 1988 establecía que las “personas naturales o jurídicas” podrían someter a arbitraje las cuestiones litigiosas en materias de libre disposición, sin distinguir entre personas jurídicas públicas o privadas. De este modo, subrayaba el autor, y teniendo en cuenta el Convenio de Ginebra, el artículo 1 de la LArb 1988 debía interpretarse en el sentido de que también incluía en su ámbito de aplicación las personas jurídico-públicas<sup>377</sup>.

En definitiva, el Convenio de Ginebra no solo no impide, sino que autoriza de forma explícita la utilización del arbitraje en los conflictos internacionales de carácter mercantil en los que se pueda ver implicada una entidad española del sector público, ya tenga forma jurídico-pública o privada. En consecuencia, a la luz del Convenio de Ginebra, el ordenamiento jurídico español permite someter a arbitraje los conflictos de carácter mercantil que puedan surgir entre una entidad del sector público y una persona física o jurídica extranjera.

## 12. Conclusión

Los argumentos expuestos en este capítulo abonan la conclusión de que el arbitraje público se adecúa a los principios y reglas constitucionales aplicables, así como al derecho de la Unión Europea y a los tratados internacionales relevantes, en especial, la Convención de Ginebra de 1961.

---

<sup>377</sup> El autor señala “la obviedad de que la referencia a una persona jurídica –en principio y salvo que no se diga lo contrario- *la comprende sin distinciones*, es lo que hace *inútil* y *superfluo* que se obligue a distinguir allí en donde no se distingue”, «El arbitraje entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 2, n.º 2 (1990): 365.



## VI. LA ARBITRABILIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO (I)

En los capítulos anteriores he argumentado que no existen razones de principio para descartar el arbitraje público. En efecto, las distinciones que se han trazado tradicionalmente entre el derecho público y el privado y las razones explicativas de la figura de la autotutela y de la jurisdicción contencioso-administrativa no constituyen una barrera de entrada a la institución, y esta tampoco infringe ningún principio o regla constitucional o de Derecho internacional público.

Ello no significa que el recurso a este mecanismo deba considerarse adecuado en todos los casos. En efecto, habrá ámbitos donde puedan apreciarse razones de oportunidad, que desaconsejen acudir a esta institución. La “arbitrabilidad” es la doctrina que establece qué conflictos no son susceptibles de arbitraje sobre la base de dichas razones. Así pues, utilizo el término “arbitrabilidad” en su sentido estricto, como se hace habitualmente<sup>378</sup>.

En general, cuando el legislador de un Estado ha establecido algún criterio general de arbitrabilidad, lo ha hecho utilizando términos muy vagos, como el de disponibilidad o “interés económico”, entre otros. Esto provoca que al final sea la jurisprudencia la que, en la práctica, determine el alcance de la arbitrabilidad. Los tribunales de justicia, con todo, no han llegado a conclusiones claras al respecto, de modo que los lindes de lo arbitrable han cambiado notablemente a lo largo del tiempo, como demuestra el ejemplo de los conflictos del derecho mercantil de sociedades, al que aludiré más adelante.

Un elemento clave para entender la teoría de la arbitrabilidad es que esta se basa en criterios que son fruto de la convención social. Es decir, no descansa sobre fundamentos “fácticos” o “intrínsecos” a la propia controversia. Tal y como ha señalado Gary Born, desde el punto de vista fáctico y logístico, prácticamente cualquier controversia podría someterse a arbitraje, como acredita el hecho de que diferentes culturas han admitido el arbitraje en conflictos penales, de familia, sucesiones, propiedad intelectual y otras materias. En cambio, hoy en día, estas cuestiones pueden parecer no adecuadas para el arbitraje<sup>379</sup>. En definitiva, la posibilidad de que un conflicto se someta a arbitraje dependerá de los parámetros de arbitrabilidad del Estado en el que tiene lugar el procedimiento arbitral o en el que se solicita el reconocimiento o ejecución del laudo. Al mismo tiempo, estos parámetros dependen de convenciones sociales, políticas y morales. Así pues, la arbitrabilidad también puede ser definida como el

---

<sup>378</sup> George A. Bermann señala que es preferible utilizar la expresión de “arbitrabilidad” para referirse específicamente a la capacidad de una controversia para ser resuelta mediante arbitraje, en lugar de referirse en general a la cuestión de si un convenio arbitral –por extensión, un laudo arbitral- es ejecutable o no por cualquiera de los motivos enumerados en la Convención de Nueva York. La primera es la acepción más extendida y que resulta más clara, Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 27.

<sup>379</sup> Born, *International Commercial Arbitration*, I:947.

conjunto de criterios de oportunidad, de acuerdo con los cuales una controversia puede ser sometida a arbitraje.

En este escenario, me propongo ofrecer una teoría de arbitrabilidad para el sector público, una teoría de la “arbitrabilidad pública”, a la que dedico este capítulo y el siguiente. En este capítulo, me ocupo, en primer término, de la arbitrabilidad en el arbitraje privado, para pasar seguidamente a analizar de forma crítica los distintos criterios que la doctrina española ha propuesto para delimitar el ámbito de acción del arbitraje público. Por último, trato de identificar los criterios de arbitrabilidad que subyacen a las dispersas previsiones del derecho positivo español sobre la cuestión, así como a las pocas resoluciones judiciales que tratan el tema.

## 1. La arbitrabilidad en el arbitraje privado

La doctrina y jurisprudencia sobre el arbitraje de derecho privado resultan muy útiles para el estudio del arbitraje público. En el ámbito jurídico-privado existe una legislación mucho más completa y una experiencia práctica mucho más consolidada, que se corresponden con una jurisprudencia más desarrollada y una doctrina prolífica. Del acervo del arbitraje privado nos interesa especialmente conocer todo lo que se refiere a la arbitrabilidad y, por ello, conviene detenernos a examinar el tema con cierto detalle.

### a) Rasgos generales de la arbitrabilidad en derecho privado

Antes he explicado que el concepto de arbitrabilidad se refiere a la capacidad de una controversia para ser objeto de un arbitraje. La arbitrabilidad, sin embargo, no se refiere a la capacidad “técnica” de una controversia para ser resuelta mediante arbitraje, pues todos los conflictos jurídicos susceptibles de ser resueltos por un tribunal de justicia también se podrían resolver mediante arbitraje, desde un punto de vista “logístico” o “técnico”<sup>380</sup>. La arbitrabilidad, por lo contrario, se refiere a un aspecto valorativo, a la posibilidad de que el ordenamiento jurídico permita resolver una controversia mediante arbitraje. En este sentido, es relevante que la excepción de no arbitrabilidad del artículo V.2 de la Convención de Nueva York se haya interpretado en esta línea. Este artículo, que permite rechazar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero, se ha aplicado en supuestos en los que concurre un impedimento jurídico para la resolución del conflicto mediante un arbitraje, diferente por lo tanto de un «impedimento fáctico o práctico»<sup>381</sup>.

También son interesantes algunos ejemplos de culturas antiguas, en las que incluso se celebraban arbitrajes en materia penal (Gary Born cita el caso del arbitraje sobre controversias surgidas a raíz de homicidios en la antigua Grecia o en ciertas partes de Papúa Nueva

---

<sup>380</sup> Ibid.

<sup>381</sup> Ibid., I:948.

Guinea<sup>382</sup>). Hoy en día, la idea de un arbitraje penal será vista seguramente como extravagante. Pero no porque técnicamente no se pueda desarrollar un arbitraje en esta materia, sino porque, desde el punto de vista valorativo, no parece una buena solución.

Este “permiso” del ordenamiento jurídico para utilizar el arbitraje puede estar previsto tanto en una norma de origen legislativo como jurisprudencial. Como veremos, en el caso español la ley de arbitraje establece que serán arbitrables las controversias “disponibles” para las partes. En este supuesto, la jurisprudencia ha tenido un papel muy importante, dada la gran indeterminación del concepto.

La premisa es que puede haber controversias del dominio jurídico-privado que no sean arbitrables. Es decir, puede ocurrir que un conflicto catalogado como de derecho privado tenga vetado el acceso al arbitraje. Así pues, la calificación de una controversia como jurídico-privada no implica que *automáticamente* esta sea considerada arbitrable. Esta conclusión puede parecer evidente, pero no lo ha sido para muchos autores. Como veremos más adelante, a menudo se ha confundido el carácter jurídico privado de una disputa con su arbitrabilidad.

La arbitrabilidad de ciertas controversias jurídico-privadas se suele dar por supuesta. Pensemos, por ejemplo, en una disputa derivada de un incumplimiento de un contrato mercantil de compraventa de mercancías, que incluye una cláusula arbitral. Una parte alega que la mercancía entregada estaba en mal estado y se niega a pagar el precio. Por lo común, se considerará que este es un problema auténticamente privado, que solo afecta a las partes. En consecuencia, y dando por sentada la concepción contractualista del arbitraje<sup>383</sup>, se entenderá que el arbitraje es admisible. Se trata, pues, de una proyección de la idea de que el arbitraje se admite “automáticamente” en aquellos ámbitos en los que impera la autonomía de voluntad.

Sin embargo, en un buen número de sistemas jurídicos, ciertas categorías de conflictos de derecho privado son consideradas no arbitrables. George A. Bermann relata que, dependiendo del sistema jurídico, el arbitraje está vedado para acciones en defensa del consumidor, asuntos concursales, conflictos de derecho social y laboral o pretensiones en relación con derechos reales o sucesorios, entre otras cuestiones<sup>384</sup>.

En efecto, mientras que en ciertos conflictos su arbitrabilidad será vista como algo evidente, como en el ejemplo de la mercancía defectuosa, este *automatismo* desaparecerá probablemente respecto a otros tipos de supuestos del mismo mundo jurídico-privado. Imaginemos que, en el caso imaginario citado, la parte compradora resuelve el contrato no por ningún defecto,

---

<sup>382</sup> Ibid., I:944.

<sup>383</sup> Ver *supra*, introducción.

<sup>384</sup> Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 55-56. En el capítulo de presentación de Bermann se citan ejemplos de jurisdicciones en las que rigen estas reglas de arbitrabilidad, ejemplos que provienen de los capítulos de la misma obra dedicados a cada país.

sino porque entiende que el contrato es nulo, al haberse suscrito bajo un abuso de posición de dominio de mercado, es decir, en el contexto de una infracción del derecho de defensa de la competencia.

Un litigio como este se habría considerado como no arbitrable, hace décadas, tanto en lo que es hoy la Unión Europea como en los Estados Unidos. Los tribunales de justicia habrían descartado que el arbitraje pudiera servir para este tipo de controversias, sin llegar a afirmar, no obstante, que se estuviera ante un supuesto de derecho público<sup>385</sup>. En cambio, en la actualidad, tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, se permite utilizar el arbitraje en litigios en los que debe aplicarse el derecho de la competencia. Como ha señalado Gary Born, la premisa vigente hoy en día es que los tribunales arbitrales tienen la competencia para resolver satisfactoriamente lo que él denomina acciones de “derecho público”, acciones en las que estén en juego políticas públicas importantes, tanto nacionales como internacionales<sup>386</sup>. Para ilustrar estas ideas cita un fragmento de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (la del caso *Mitsubishi*), que resulta muy expresivo:

*“There is no reason to assume at the outset of the dispute that international arbitration will not provide an adequate mechanism. ... The utility of the Convention in promoting the process of international commercial arbitration depends upon the willingness of national courts to let go of matters they normally would think of as their own. ... [W]e decline to subvert the spirit of the United States' accession to the Convention by recognizing subject-matter exceptions where Congress has not expressly directed the courts to do so<sup>387</sup>”.*

En esta importante sentencia, el Tribunal Supremo estadounidense adoptó una perspectiva clave: corresponde al legislador señalar qué materias –dentro del ámbito civil y mercantil– no son arbitrables. Así pues, la premisa es que, dentro de esta área, el arbitraje puede utilizarse en todas aquellas controversias que no se hayan excluido expresamente. Considero especialmente lúcida la declaración de que el éxito del arbitraje dependerá de la voluntad de los tribunales de justicia de “desprenderse de” materias que normalmente concebirían como propias.

Otro ejemplo de evolución del concepto de arbitrabilidad es el de las controversias de derecho societario. En España, este tipo de conflictos se consideraron como no arbitrables, hasta que la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 (Sala de lo Civil)<sup>388</sup> dio un giro jurisprudencial y dejó claro, de una vez por todas, que el carácter imperativo de una norma no implica que la controversia en la que esta deba aplicarse esté fuera del ámbito de acción del arbitraje. Desde aquel momento, la arbitrabilidad de esta materia está fuera de toda duda. De hecho, la LArb 2003 hace referencia expresa a este tipo de litigios en sus artículos 11bis y 11ter, dedicados a ciertas particularidades del denominado “arbitraje estatutario”.

---

<sup>385</sup> Sobre esta evolución, ver Born, *International Commercial Arbitration*, I:975-76.

<sup>386</sup> *Ibid.*, I:974-75.

<sup>387</sup> *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614 (1985).

<sup>388</sup> STS nº 355/1998.

Detrás de giros de jurisprudenciales como el de la STS de 1998, seguramente está el incremento de confianza –o disminución de recelo– de los tribunales de justicia hacia el arbitraje. Actualmente, este mecanismo es visto, tanto por el legislador como por la jurisprudencia, como un método fiable y justo de resolución de conflictos jurídicos<sup>389</sup>. Sin embargo, ciertos tipos de controversias, como las relativas al derecho concursal, siguen siendo consideradas como no arbitrables en muchos sistemas. Todo lo anterior acredita que la arbitrabilidad es *relativa en el tiempo*. En cualquier caso, parece que la tendencia general es ampliar cada vez más el círculo de controversias entre particulares que son consideradas arbitrables<sup>390</sup>.

También hay que destacar que la arbitrabilidad es *relativa en el espacio*. Se entiende de forma notablemente distinta según el país de que se trate, tal y como acreditan los diferentes enfoques que existen respecto a cada materia. Así, por ejemplo, mientras que en España algunos conflictos de carácter laboral son considerados arbitrables, en otros países, como Francia o Bélgica, no lo son<sup>391</sup>. Tal como expone Gary Born, la cuestión de si una controversia internacional es o no es arbitrable será una cuestión de cada derecho nacional, a pesar de que la condición internacional del litigio puede afectar la aplicación del derecho interno. En efecto, la Convención de Nueva York establece algún límite a la posibilidad de que los Estados consideren no arbitrable una determinada materia, pero el principio general es que los Estados tienen un gran margen de apreciación en este campo<sup>392</sup>.

Este mismo autor utiliza una expresión muy gráfica para referirse a este tema cuando afirma que la teoría de la arbitrabilidad es un “traje a medida” (“*tailor-made*”) que elabora cada Estado. Que esto es así lo demuestra, por ejemplo, la práctica de no mostrar deferencia hacia lo que hayan resuelto otros órganos judiciales o arbitrales extranjeros en fases anteriores de un mismo caso, cuando se trata de interpretar las cláusulas de arbitrabilidad y orden público<sup>393</sup>.

---

<sup>389</sup> En el mismo sentido, Gary Born explica que el círculo de no arbitrable ha ido reduciéndose gracias a la experiencia que han ganado los tribunales de justicia nacionales respecto al arbitraje y a la mayor confianza que estos depositan en los tribunales arbitrales internacionales, a los que se considera “capaces de resolver prácticamente todo tipo de controversia civil o mercantil”, *International Commercial Arbitration*, I:973.

<sup>390</sup> “*While no jurisdiction comes close to considering all categories of disputes between private parties to be arbitrable, the clear trend among jurisdictions addressing the matter is to reduce and not to expand the domain of non-arbitrable claims*”, Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 56.

<sup>391</sup> Born, *International Commercial Arbitration*, I:1008. Sobre el arbitraje laboral en España, ver nota 76 de esta tesis.

<sup>392</sup> *Ibid.*, I:945, 957-58.

<sup>393</sup> “*It is worth mentioning that in no jurisdiction is deference likely to be shown to foreign court determinations on the defenses of non-arbitrability or violation of public policy. The reason is straightforward and sound. These are grounds as to which national courts, by the terms of the Convention itself, are required to apply their own law and not the law of any other jurisdiction*”, Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 40.

En conclusión, la arbitrabilidad puede definirse como la doctrina, de origen jurisprudencial o legislativo, que delimita el ámbito de controversias susceptibles de arbitraje en un determinado sistema jurídico a partir de consideraciones de oportunidad. Como hemos visto, la clasificación de un conflicto como jurídico-privado no siempre comporta su arbitrabilidad y esta es relativa tanto en el *tiempo* como en el *espacio*, como demuestran respectivamente los ejemplos del derecho de la competencia o del derecho laboral, entre otros.

## b) Criterios de arbitrabilidad en el Derecho privado

En este subapartado me refiero a diversos criterios de arbitrabilidad que se han utilizado en el ámbito del derecho privado. Como he explicado al principio del epígrafe, su estudio es especialmente útil para abordar el tema de la arbitrabilidad en el sector público.

Cada Estado cuenta con sus normas sobre arbitrabilidad y se considera que esta es una de las cuestiones más idiosincráticas de la regulación cada país. Hay que tener en cuenta que un conjunto de Estados puede compartir criterio en cuanto a la no arbitrabilidad de cuestiones de derecho de sucesiones, por ejemplo, pero diferir en su criterio frente a la arbitrabilidad de controversias sobre derechos de autor y de la propiedad industrial<sup>394</sup>. Con todo, se han detectado ciertos patrones comunes<sup>395</sup> y creo que también pueden identificarse ciertos criterios más generales, como son la llamada “disponibilidad” de la controversia o el carácter patrimonial de la pretensión.

### *i. Disponibilidad*

La LArb 2003 delimita la arbitrabilidad a partir de un criterio general: el de las materias de “libre disposición” o “disponibilidad” de las partes. Así, el legislador español ha optado por un modelo equivalente al de otros sistemas, como el neerlandés, el croata o el peruano<sup>396</sup>. El artículo 2.1 LArb 2003 establece que serán susceptibles de arbitraje todas aquellas controversias “sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. En la exposición de motivos de la ley citada se ofrece la siguiente explicación sobre este criterio de arbitrabilidad:

[S]e reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.

En efecto, la antigua Ley 36/1988, de Arbitraje (LArb 1988) recogía, en su artículo 2.1, una lista de materias que se declaraban explícitamente como no arbitrables. En el artículo 1 de la

---

<sup>394</sup> Para una buena selección de ejemplos, ver *Ibid.*, 55-56.

<sup>395</sup> *Ibid.*, 55.

<sup>396</sup> *Ibid.*, 56-57.

ley se establecía el criterio de la libre disposición como criterio general de arbitrabilidad, pero su artículo 2.1 aclaraba que no podían 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 sí mismos.

En lo que sí coinciden la antigua LArb 1988 y la vigente LArb 2003 es que ambas se basan en la premisa de que “la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes<sup>397</sup>”. Pero, a diferencia de la de 1988, la LArb 2003 no prevé ninguna exclusión explícita de arbitrabilidad, sino que se remite a lo que dispongan otras leyes. En este sentido, la LArb 2003 sigue la directriz de la Ley modelo sobre arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>398</sup>. Este texto aboga por dejar para otras disposiciones legales la exclusión de arbitrabilidad de materias. En esta línea, la exposición de motivos de la LArb 2003 recoge que “es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable”.

Con todo, se considera que esta cuestión “excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”. En otras palabras: el círculo de cuestiones arbitrables puede ser más reducido que el círculo de cuestiones disponibles si así lo establece una ley diferente de la Ley de arbitraje. Así pues, la LArb 2003 sienta un criterio general de arbitrabilidad que sólo encontrará las excepciones que prevean otras leyes.

El concepto de disponibilidad dista de ser claro e unívoco, como demuestra el confuso debate doctrinal que ha generado el concepto<sup>399</sup>. Además, depende totalmente de las convenciones vigentes en cada época y territorio<sup>400</sup>, por lo que siempre será un criterio

---

<sup>397</sup> Exposición de motivos de la LArb 2003, apartado II.

<sup>398</sup> La Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de la CNUDMI), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, ha sido el “principal criterio inspirador” de la LArb 2003, según se señala en su exposición de motivos. A menudo se cita la CNUDMI por sus siglas en inglés: UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*).

<sup>399</sup> Para una relación de las principales propuestas de interpretación del concepto de disponibilidad, ver Nieva Fenoll, «Las materias indisponibles en el arbitraje», 837-39.

<sup>400</sup> “La disponibilidad o no de las materias depende de las épocas; dicho en otras palabras, de la moral colectiva que el legislador pretende reflejar en cada momento histórico en el Derecho positivo. Hace años hubiera sido impensable un acuerdo sobre el régimen de custodia de un menor. Y ahora es posible previa comprobación judicial de que no es dañino para el menor. O por ejemplo, hace unas pocas décadas era inconcebible un

“jurídicamente inseguro, y sobre todo extraordinariamente contingente, a menos que el legislador realice un listado exhaustivo” de las materias excluidas<sup>401</sup>.

Alejandro Huergo Lora considera que la expresión de que el objeto de una controversia está “a la libre disposición de las partes”, a efectos de poder celebrar una transacción, se refiere a diferentes problemas jurídicos: en primer lugar, la exigencia de la capacidad para realizar negocios dispositivos sobre la relación jurídica litigiosa, en segundo lugar, la no afectación a terceros y, en tercer lugar, la no afectación a materias relacionadas con el orden público<sup>402</sup>. La referencia a la capacidad para celebrar negocios dispositivos es problemática, puesto que el criterio determinante para identificar esta capacidad no está regulado en ninguna norma. Por otro lado, la afectación a terceros es uno de los criterios, en mi opinión, que debería guiar al legislador a la hora de decidir en qué materias se acepta el arbitraje, pero no está claro en qué sentido se interpreta en relación con el concepto tradicional de disponibilidad. Por último, la afectación a materias relacionadas con el orden público creo que tiene que ver con el mencionado criterio orientativo de afectación a terceros, así como con la especial “sensibilidad” de ciertas controversias desde el punto de vista de la rendición de cuentas democrática, que es otro de los criterios orientativos que propongo más adelante.

Por otro lado, conviene recordar que la disponibilidad de la controversia, a efectos del arbitraje, no coincide con la distinción entre normas de derecho dispositivo y normas de derecho imperativo. La vertiente “sustantiva” del concepto de disponibilidad tiene que ver con el carácter necesario o contingente de las disposiciones normativas. Como es sabido, en el Código Civil se contienen normas imperativas, que no pueden ser desplazadas por un pacto contrario de las partes, como las relativas a la formación de la voluntad, y normas dispositivas, que son reglas que se aplican en caso de que las partes no hayan establecido una norma específica que regule la situación de modo distinto a lo previsto en el Código. La vertiente “procesal” de la disponibilidad no tiene que ver con esta distinción, sino que se refiere a la capacidad que tiene una parte para “disponer” de la acción y, por ejemplo, interponer una demanda, celebrar una transacción o someter una controversia a arbitraje<sup>403</sup>.

---

desistimiento en un proceso de nulidad por coacción. Y actualmente lo permite el art. 751.2.3.º LEC”, *Ibid.*, 839.

<sup>401</sup> Sin embargo, el autor citado considera que esta opción quizá no sería del todo conveniente “para el ajuste rápido del ordenamiento a las circunstancias sociales, que se consigue mejor a través de la jurisprudencia”, teniendo en cuenta que la opinión de este autor es favorable a la máxima expansión del ámbito de la arbitrabilidad, al menos en el Derecho privado, *Ibid.*, 839-40.

<sup>402</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 88.

<sup>403</sup> Esta distinción es defendida por Juan Montero Aroca: “El principio base es el de la libre disposición y ésta puede referirse tanto a su aspecto de derecho material como al de derecho jurisdiccional”, Montero Aroca, «Artículo 1», 20. Según relata Huergo Lora, en la doctrina y jurisprudencia alemanas “la disponibilidad como requisito legal de la transacción judicial se ha puesto en relación con el principio dispositivo que informa el proceso administrativo (con escasas diferencias respecto al civil). Si la iniciación del proceso depende de la voluntad de las partes en virtud de este principio, el mismo les permite, siempre que se den sus presupuestos,

Desde 1998 esta es también la visión del TS. En su sentencia del mismo año sobre la arbitrabilidad de las controversias de derecho societario, ya citada, el alto tribunal rompió el nexo entre disponibilidad de la controversia y carácter imperativo o dispositivo de las normas sobre el fondo. Como he indicado anteriormente, este cambio responde a la premisa de que el arbitraje constituye una institución fiable y capaz de aplicar correctamente el ordenamiento jurídico, tanto las normas jurídicas de carácter dispositivo como las de carácter imperativo.

Este cambio jurisprudencial ha despejado muchas dudas acerca de qué conflictos jurídico-privados pueden ventilarse mediante un procedimiento arbitral. No obstante, el concepto de disponibilidad sigue mostrándose inadecuado. Jordi Nieva Fenoll considera contradictorio que el legislador “se refiera al objeto del juicio arbitral a partir de las materias que son disponibles o no para las partes”, puesto que la ley arbitral parte de la concepción jurisdiccionalista del arbitraje, en contraposición con la contractualista. En este sentido, opina que “se trata sencillamente de un sedimento que ha quedado de una orientación anterior, que claramente trató de ser superada con la nueva ley. Probablemente el legislador debiera haber centrado el criterio delimitador del juicio arbitral desde otro punto de vista”<sup>404</sup>.

En efecto, por lo que se refiere a la arbitrabilidad, el legislador parece inscribirse en la línea contractualista. Vincula la capacidad de las partes para disponer sobre la acción a la posibilidad de que esta pueda ser resuelta mediante arbitraje. En mi opinión, la crítica de Nieva Fenoll es acertada, puesto que, efectivamente, la decisión sobre qué es arbitrable y qué no, corresponde al legislador.

Por otra parte, se ha defendido la idea de que, cuando la LArb 2003 habla de “materias de libre disposición” lo hace en relación con la vertiente “procesal” de la disposición. Juan Montero Aroca afirma que el artículo 2.1. LArb 2003 podría haber dicho que “no son susceptibles de arbitraje las consecuencias jurídicas previstas en las leyes que pueden ser aplicadas en los casos concretos únicamente por medio de sentencia”<sup>405</sup>. Esta interpretación del concepto de disponibilidad podemos decir que es tautológico, puesto que no se indica cuál es el criterio que permite determinar qué consecuencias jurídicas se pueden aplicar únicamente por medio de sentencia. Habrá que remitirse a lo que diga el legislador, por lo que, en realidad, se está diciendo que es arbitrable toda aquella pretensión en relación con la cual el legislador no haya especificado que solo se podrá resolver mediante sentencia. ¿Y

---

ponerle fin anticipadamente por medio de una transacción”, Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 91.

<sup>404</sup> Jordi Nieva Fenoll entiende que la LArb 1988 siguió “la opción jurisdiccionalista del arbitraje, que ve en el árbitro un órgano que posee jurisdicción” porque en su artículo 37 se establecía que “el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada”. A pesar de que se refiere a la LArb 1988, en este aspecto la LArb 2003 no ha variado, por lo que los fundamentos de su opinión siguen vigentes, «Las materias indisponibles en el arbitraje», 832.

<sup>405</sup> Juan Montero Aroca, «Artículo 2. Materias objeto de arbitraje. I. Las materias de libre disposición», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (Valencia, 2004), 122.

cuál es el principio que mueve al legislador para establecer este requisito y, en consecuencia, excluir el arbitraje? La tesis de Montero Aroca no permite responder a este interrogante.

En la doctrina española ha habido varios intentos de descifrar el críptico criterio de la disponibilidad. A mi juicio, estos intentos no han tenido éxito, lo que no puede sorprender, teniendo en cuenta que se refieren a un concepto tan confuso como el de la disponibilidad.

Anteriormente, Juan Montero Aroca había propuesto como criterio de arbitrabilidad la presencia de un “interés de la colectividad” que justifica que la consecuencia jurídica sea impuesta necesariamente por un tribunal de justicia a través de un proceso<sup>406</sup>. Esta formulación, sin embargo, no se ajusta a la realidad de nuestro ordenamiento. Juan Rosa Moreno critica que “no se entiende muy bien a qué interés de la colectividad se refiere el citado profesor, por cuanto si es el interés público, la Administración como garantizadora institucional puede imponer consecuencias jurídicas, por lo que ¿por qué no se van a permitir otras fórmulas de heterocomposición?<sup>407</sup>”. Es decir, si se da por buena la premisa según la cual el derecho administrativo se ocupa del interés público – en contraposición con el derecho privado, que se ocupa del interés particular-, la explicación de Montero Aroca no funciona.

Si bien coincido en que la explicación de Montero Aroca no es convincente, discrepo de la crítica de Rosa Moreno. Como he argumentado en los capítulos II y III, no creo que se pueda trazar una distinción radical a partir del criterio del interés público/privado. En mi opinión, la formulación de Montero Aroca entra en tensión porque el ordenamiento no admite divisiones ontológicas entre normas que protegen el interés de la colectividad y normas que protegen el interés particular.

Jordi Nieva Fenoll comparte parcialmente el punto de partida de Montero Aroca, pero acaba formulando una propuesta distinta. Sostiene que, “cuando el legislador habla de la indisponibilidad de la materia, se está refiriendo en realidad a la necesidad de que dicha materia sea analizada en un proceso judicial”. Para este autor, el mencionado criterio es seguro para establecer la arbitrabilidad y permite prescindir del criterio, para él incorrecto, de tener siempre por equivalentes la disponibilidad y la posibilidad de someter a arbitraje.

---

<sup>406</sup> “Atendiendo al derecho jurisdiccional el punto de partida es lo que hemos llamado principio de oportunidad como alternativa al de necesidad. Cuando en una situación jurídica el interés de la colectividad es el determinante, ello supone: 1) Que la consecuencia jurídica prevista en la norma sólo puede ser impuesta por los tribunales a través del proceso, y 2) que la existencia del supuesto fáctico determina el deber del órgano jurisdiccional de poner en marcha el proceso o, por lo menos, el deber de un órgano público de acudir al órgano jurisdiccional instando la incoación del proceso. Por el contrario, cuando predomina el interés individual hay que llegar a conclusiones alternativas a las anteriores, esto es: 1) que la consecuencia jurídica que prevé la norma sólo será actuada cuando el particular lo estime oportuno, atendiendo únicamente a su interés privado, 2) que la iniciación del proceso queda a la voluntad del particular, no incoándose nunca de oficio, ni por el tribunal ni por otro órgano público, y 3) que existen sistemas distintos de los propios de los tribunales del Estado para restaurar el interés privado violado o desconocido”, Montero Aroca, «Artículo 1», 21-22.

<sup>407</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 64.

Para el autor, un ejemplo que confirma que disponibilidad y arbitrabilidad no coinciden es el artículo 3.1 del Código Penal, que establece que “[n]o podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”. Según Nieva, “ello explica por qué no puede acudirse a un arbitraje en caso de delitos privados y, en cambio, el objeto de dicho juicio es claramente disponible<sup>408</sup>”. Serán arbitrables, afirma, “todas aquellas cuestiones que no precisan necesariamente de un pronunciamiento de un juez estatal, según lo dispongan las leyes”. Por lo tanto, concluye, el ámbito del arbitraje “puede convertirse en extraordinariamente grande, si se tiene bien presente ese criterio y se analizan en cada caso con detenimiento las normas jurídicas<sup>409</sup>”.

La afirmación de este autor se basa en el análisis realizado en relación con diversos ámbitos del derecho privado, en los que el autor identifica algún precepto que, “aunque sea de pasada, obligue a acudir a un proceso judicial”. Así, en materia de estado civil y condición de las personas, encuentra diversos preceptos en los que se incluye “una referencia al “juez” o al “Tribunal”, o a una declaración judicial o sentencia, que excluyen claramente a estas materias del arbitraje”. También considera que, a pesar de que las controversias de derecho societario se entienden arbitrables, “en los únicos supuestos en que sí parece descartarse el arbitraje es en las situaciones en que dichos acuerdos (los acuerdos sociales) hubieran de ser inscritos en el Registro Mercantil”, dado que “el artículo 156 del Reglamento del Registro Mercantil exige, para la inscripción de la nulidad, “el testimonio judicial de la sentencia firme que declare la nulidad”<sup>410</sup>”.

Desde mi punto de vista, el problema de esta propuesta es que normalmente las leyes no explicitan si las consecuencias jurídicas que prevén pueden o no ser resueltas mediante arbitraje. Las referencias que utiliza el autor son fragmentarias y creo que no fundamentan este enfoque general. Así pues, no es razonable suponer que el legislador está pensando en prohibir el arbitraje cuando se refiere al juez o al tribunal. Más bien sospecho que, simplemente, alude a la figura más tradicional de resolución de conflictos.

En conclusión, el concepto de disponibilidad me parece excesivamente controvertido y no permite delimitar de forma clara el ámbito de lo arbitrable.

ii. *Pretensión de derecho patrimonial*

Otro criterio de arbitrabilidad interesante es el utilizado en Alemania, Suiza y Austria. Es el que podríamos traducir como “*pretensión de derecho patrimonial*” o pretensión en relación con

---

<sup>408</sup> Nieva Fenoll, «Las materias indisponibles en el arbitraje», 840.

<sup>409</sup> Ibid., 843.

<sup>410</sup> Ibid., 841-42.

un interés económico<sup>411</sup>. El artículo 1030.1 de la Ley Procesal Civil (*Zivilprozessordnung*, en adelante ZPO) alemana establece lo siguiente:

(1) Toda pretensión de derecho patrimonial puede ser objeto de un convenio arbitral. Un convenio arbitral sobre pretensiones que no sean de derecho patrimonial desplegará efectos jurídicos en la medida en que las partes tengan derecho a transigir sobre el objeto de la controversia<sup>412</sup>.

Como puede verse, la ley alemana establece como primer criterio de arbitrabilidad el del carácter jurídico-patrimonial de la pretensión. En segundo lugar, prevé que, si una acción no se halla dentro del ámbito del derecho patrimonial, también puede ser sometida a arbitraje si las partes tienen capacidad para celebrar una transacción sobre la misma. La ley austríaca utiliza un criterio equivalente.

Con esta formulación se está diciendo que el criterio de disponibilidad, entendido como criterio de transigibilidad, resulta aplicable solo si el primer criterio de carácter jurídico-patrimonial no permite someter a arbitraje la pretensión. De lo contrario, si se considerara que toda controversia jurídico-patrimonial es necesariamente disponible, la regla sentada por el legislador alemán sería absurda. Al final se estaría estableciendo la misma regla que en derecho español, que equipara arbitrabilidad con disponibilidad. Sin embargo, si se atiende al hecho de que puede haber pretensiones jurídico-patrimoniales que no sean disponibles, entonces se comprueba que la ZPO va más allá que la Ley de arbitraje española y permite someter a arbitraje más controversias.

Por su parte, la Ley federal suiza sobre derecho internacional privado (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*) se inclina por utilizar exclusivamente el criterio de la pretensión de derecho patrimonial<sup>413</sup>. Esta ley resulta aplicable a numerosos procedimientos arbitrales internacionales, dado que Suiza es uno de los países que acoge más arbitrajes de este tipo. El criterio de arbitrabilidad basado en el concepto de pretensión patrimonial o de interés económico, aplicable a este tipo de arbitrajes, ha sido interpretado de forma muy favorable al arbitraje, entendiendo que será arbitrable toda controversia que tenga, para al menos una de las partes, un valor financiero. Como puede imaginarse, esto significa que muchas controversias de derecho privado que en otros ordenamientos son consideradas como no

---

<sup>411</sup> La expresión “*vermögensrechtlicher Anspruch*” se ha traducido al inglés como “*claim involving an economic interest*” en Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 57.

<sup>412</sup> La traducción es mía. El texto original en alemán es el siguiente:

**§ 1030 Schiedsfähigkeit**

(1) Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streitigen einen Vergleich zu schließen.

<sup>413</sup> Artículo 177 (1).

arbitrables –como ciertas cuestiones de derecho de familia o derecho concursal- sí lo serían bajo la ley suiza aplicable a los arbitrajes internacionales<sup>414</sup>.

Este criterio de arbitrabilidad, tanto en su formulación alemana como suiza, tiene un gran alcance. Como señala Gary Born, tanto en Alemania como en Suiza ha otorgado una gran fuerza operativa a este criterio: debe ser interpretado de forma amplia, de forma que toda pretensión con un valor pecuniario para las partes puede ser resuelta mediante arbitraje<sup>415</sup>. Ciertamente, hay que entender que el criterio solo resulta aplicable a las controversias clasificadas como de derecho civil o privado, pero hay que recordar que, en estos países, los conflictos en torno a contratos del sector público, por ejemplo, son un asunto competencia de la jurisdicción civil y, por lo tanto, también podrían ser objeto de un arbitraje. Gary Born incluso va más allá y considera que, interpretado literalmente, el criterio económico cubriría todas las disputas mercantiles y, prácticamente, todas las no penales. No obstante, el legislador alemán, por ejemplo, se ha ocupado de establecer mediante ley expresa la no arbitrabilidad de ciertas controversias, como las relativas a los contratos de distribución, que, en caso contrario, se hallarían dentro del ámbito de arbitrabilidad<sup>416</sup>.

En definitiva, el criterio económico de arbitrabilidad de las controversias de derecho privado se demuestra muy favorable al arbitraje. En efecto, con el establecimiento de este principio general, el legislador revela una gran confianza hacia los tribunales arbitrales. Sin embargo, nada impedirá que, mediante leyes especiales, se pueda excluir la posibilidad de celebrar un arbitraje en relación con determinados tipos de conflictos.

*iii. Afectación a derechos de terceros*

Otro criterio de arbitrabilidad en derecho privado es el de la afectación potencial del laudo arbitral a los derechos de terceros. Gary Born trae a colación un caso real, el de un laudo dictado por un tribunal arbitral con sede en Suiza<sup>417</sup>, que “declaró una patente alemana nula de pleno Derecho pero enfatizó que el laudo solamente vinculaba a las partes, no podía servir como fundamento para una revocación de patente y no tenía efecto *erga omnes*<sup>418</sup>”.

---

<sup>414</sup> Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 57-58. Destaca que, en contraste con esta política tan pro-arbitraje, el criterio de arbitrabilidad para los arbitrajes internos sea tan restrictivo (que la controversia esté a “disposición de las partes”, entendiéndose que las controversias reguladas por Derecho imperativo no lo están), *Ibid.*, 58.

<sup>415</sup> Sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 23 de junio de 1992, DFT 118 II 353, 767, citada en Born, *International Commercial Arbitration*, I:960-62.

<sup>416</sup> *Ibid.*, I:961.

<sup>417</sup> Interim Award in ICC Case No. 6097, 4(2) ICC Ct. Bull. 76 (1993).

<sup>418</sup> Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I, vol. 1, 992, nota 264 (la traducción es mía).

En línea con los árbitros del procedimiento citado, Born considera obvio que un tribunal arbitral no puede afectar a registros de propiedad industrial o anular con efectos generales una patente, afectando así a los derechos de la comunidad o de terceras partes<sup>419</sup>. No obstante, esto no impide que un tribunal arbitral pueda aplicar normas de propiedad industrial en otros contextos, en los que solo se vean afectadas las partes en el procedimiento.

Este criterio me parece razonable. Se trata de evitar el riesgo de que se dicte un laudo sin el consentimiento de una parte interesada, y cuando se trata de una cuestión que puede interesar a un gran número de personas y organizaciones, difícilmente se podrá contar con el consentimiento de todas ellas. Este es uno de los criterios orientativos que desarrollaré más adelante, pero conviene adelantar que es un criterio de aplicación gradual, dirigido a evitar riesgos, y que no puede ser aplicado indiscriminadamente y sin ponderación. Tal y como explicaré, existen mecanismos, como el del emplazamiento de interesados, que están dirigidos a evitar este tipo de riesgo. La cuestión es hasta qué punto se decide confiar en la operatividad de estos mecanismos. Habrá casos, ciertamente, en los que la identificación de interesados es tan compleja que se preferirá evitar el riesgo y aplicar este criterio para excluir el arbitraje.

*iv. Las excepciones legales de no arbitrabilidad*

Los criterios que he recogido hasta ahora tienen una vocación general y no explican las excepciones que numerosos ordenamientos prevén respecto a los mismos. En efecto, rigen normas específicas que excluyen ciertos sectores del ordenamiento jurídico que, en caso contrario, se hallarían dentro del ámbito de la arbitrabilidad. Cuando los sistemas jurídicos exceptúan el arbitraje de sectores enteros del derecho, o de cierto tipo de controversias, parecen reflejar la idea de que hay áreas del ordenamiento “delicadas” o “sensibles”, en las que el arbitraje no es visto como un mecanismo idóneo.

Entre otros ejemplos, Gary Born alude a sistemas jurídicos que consideran no arbitrables diferentes tipos de disputas relacionadas con el derecho laboral, como pueden ser el ordenamiento francés, italiano, inglés o belga<sup>420</sup>. A la vez, el mismo autor señala que otros sistemas como el alemán, el suizo o el neerlandés, establecen que, al menos ciertas categorías de controversias laborales sí son susceptibles de arbitraje<sup>421</sup>.

---

<sup>419</sup> Ibid., I:993. Resulta interesante lo que explica Peter Strauss en relación con la competencia de la *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* en materia de patentes: si en una sentencia de tribunal federal de distrito que versa sobre legislación federal de defensa de la competencia se trata una cuestión sobre la validez de una patente, el titular de la misma tendrá derecho a recurrir en apelación ante el tribunal de apelaciones del circuito federal, en vez de recurrir ante el tribunal de apelaciones del circuito correspondiente. Así, el tribunal de apelaciones del circuito federal, que suele contar con especialistas en esta materia, adoptará una decisión sobre la validez de la patente que tendrá efectos en toda la federación, Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 170.

<sup>420</sup> Born, *International Commercial Arbitration*, I:1008.

<sup>421</sup> Ibid., I:1010.

Por otro lado, en el derecho de consumo también es habitual considerar que están en juego valores públicos que desaconsejan la utilización del arbitraje. Así, mientras que hay sistemas en los que el arbitraje sobre litigios de consumo está mayoritariamente permitido, como en Estados Unidos o España, hay distintos países que prohíben o imponen limitaciones especiales para el arbitraje de este tipo de controversias<sup>422</sup>.

Pues bien, ¿qué razones se esconden detrás de estas prohibiciones? Para Gary Born, la doctrina de la arbitrabilidad descansa sobre la noción de que algunas cuestiones implican “*public rights*” and concerns, or interests of third parties, which are the subjects of uniquely governmental authority, that agreements to resolve such disputes by “private” arbitration should not be given effect<sup>423</sup>”. La afectación a intereses de terceras partes es el criterio general que he comentado en el subapartado anterior, mientras que los “derechos y asuntos públicos” a los que alude Born parecen relacionados con la idea de convenciones sociales: algunas cuestiones de importancia pública se apartan del arbitraje, pero no se explicita exactamente por qué razón. Con estas expresiones, Born quizá esté pensando en cuestiones que constituyen “materias sensibles” desde el punto de vista de la rendición de cuentas derivada del principio democrático, en el sentido que explico en el capítulo VII.5.

Por su parte, George A. Bermann, como alternativa a los criterios de disponibilidad o de interés económico, identifica la posibilidad de centrarse en la noción de interés público y lo ilustra con un pronunciamiento de un tribunal australiano, según el que “[the] common element [is] a sufficient element of public interest making the private resolution of disputes concerning such matters outside the national court system inappropriate<sup>424</sup>”. Sin embargo, también cita la visión recogida por François Xavier Train en la misma obra colectiva, en relación con Francia, según la que no hay un criterio general único de arbitrabilidad, sino diversos, que pueden coincidir<sup>425</sup>.

En fin, como se puede comprobar, incluso dos autoridades en el campo del arbitraje, como Born y Bermann, ofrecen pocas explicaciones respecto a la razón última de prohibir el arbitraje en ciertos sectores. Al final, lo que se puede afirmar es que existe una gran variedad de enfoques respecto qué áreas del ordenamiento jurídico no son apropiadas para el arbitraje.

---

<sup>422</sup> Para una completa exposición de los distintos enfoques adoptados, ver *Ibid.*, I:1014 y ss.

<sup>423</sup> *Ibid.*, I:945.

<sup>424</sup> *Comandate Marine Corp. v Pan Australia Shipping Pty Ltd*, (2006) 157 FCR 45, [2006] FCAFC, 192, citada en Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 58.

<sup>425</sup> “The French national report suggests that there is no single general criterion. Rather, the inclusion of any single category of dispute within the overall category of non-arbitrable claims under French law may be explained in terms of one or more of the following criteria: (a) the right in question is one over which the individual cannot by law freely dispose, (b) public policy, or (c) the exclusive attribution of adjudicatory authority to a particular national court or other governmental body. (Attribution decided purely for reasons of judicial administration, or efficient case management, would not be included in this category)”. Se señala, sin embargo, que el concepto de orden público en este contexto se interpreta restrictivamente, en el sentido de que “The fact that a matter is governed by public law rather than private law does not in itself bring the ordre public exception into play. A good example is competition law, a field in which claims are freely arbitrable”, *Ibid.*

Es razonable suponer que la decisión de vetar el arbitraje en un determinado ámbito obedece sobre todo a razones convencionales, de oportunidad o de cultura jurídica. Todo esto nos recuerda una vez más lo que explicaba al principio de este apartado: el concepto de la arbitrabilidad es notablemente relativo en el espacio y el tiempo.

## 2. Criterios de arbitrabilidad planteados por la doctrina en relación con el arbitraje público

Como hemos visto, la arbitrabilidad en el derecho privado destaca por su carácter relativo, tanto en el espacio como en el tiempo. Materias que hace dos décadas no eran consideradas arbitrables, ahora lo son, y controversias que en un país tienen vetado el recurso al arbitraje, en otro país tienen las puertas abiertas a este medio alternativo de resolución de conflictos.

También hemos visto que la LArb 2003 establece un criterio de arbitrabilidad muy controvertido, el de la *disponibilidad*. A pesar de esta indefinición, el arbitraje privado ha tenido un considerable desarrollo. Por el contrario, el arbitraje en el sector público solo podrá despegar si la cuestión de la arbitrabilidad está clara. En efecto, en el sector público, esta pauta aun resultaría más problemática. La especial condición subjetiva de la Administración implica que propiamente no “dispone” igual que lo puede hacer un particular<sup>426</sup>.

Así pues, incluso admitiendo que este criterio fuera válido para las relaciones entre particulares, no lo podría ser para las relaciones con las entidades del sector público. Tal y como recuerda Luciano Parejo Alfonso, en la Administración pública –y debe entenderse que, por extensión, a toda entidad pública- no hay “verdadera autonomía de voluntad. Su actuación y, por tanto, su voluntad, son siempre, por definición, programadas normativamente, por más que el programa pueda ser escueto y flexible, otorgando un muy amplio margen de maniobra<sup>427</sup>”.

En otras palabras, los actos que adopte la Administración y “los motivos que los inspiren nunca son indiferentes para el Derecho, y por tanto nunca están sometidos a su libre disposición<sup>428</sup>”. El acto administrativo, “por diferencia sustancial con el negocio jurídico privado, es esencialmente típico, desde el punto de vista legal, nominado, no obediente a ningún genérico principio de autonomía de la voluntad, sino, exclusivamente, a la previsión de la Ley<sup>429</sup>”.

---

<sup>426</sup> Por el contrario, autores como Juan Rosa Moreno, sin justificar su posición, consideran que la “libre disponibilidad” es uno de los principios sobre los que se ha de determinar el ámbito material del arbitraje administrativo. *El arbitraje administrativo*, 107.

<sup>427</sup> *Lecciones de Derecho administrativo*, 685.

<sup>428</sup> Huerco Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 108-9.

<sup>429</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:596.

A pesar de lo expuesto en los anteriores párrafos, autores como Joaquín Tornos Mas han equiparado el concepto de “disponibilidad” a toda actuación de la Administración formalizada bajo el derecho privado. En consecuencia, según esta perspectiva, la actuación administrativa sujeta a derecho administrativo queda fuera del ámbito de la arbitrabilidad<sup>430</sup>. Este punto de vista me parece inadecuado porque pasa por alto lo que hemos visto respecto a la arbitrabilidad en el mundo jurídico privado. Como hemos comprobado, en este ámbito existen excepciones. No todo es arbitrable. Por lo tanto, tener por equivalente la disponibilidad con la actuación administrativa sujeta a derecho privado resulta injustificado.

Por su parte, Alejandro Huergo Lora ha considerado que la traducción al Derecho administrativo del concepto de disponibilidad es la idea de interés público. La Administración podrá transigir si hacerlo es conforme con el interés público<sup>431</sup>. Esta interpretación es ciertamente imaginativa, pero creo que aun resulta más críptica que la formulación de la disponibilidad en derecho privado.

En mi opinión, las tesis de estos autores fallan porque el criterio de disponibilidad no resulta útil para delimitar el ámbito en el que el arbitraje público puede desarrollarse. En un epígrafe posterior me extenderé más sobre este extremo, pero por ahora basta señalar que el criterio de disponibilidad no sirve para las controversias del sector público, por lo que es necesario examinar las propuestas de criterios de arbitrabilidad que se han planteado desde la doctrina administrativista, así como los criterios que parecen inspirar las escasas previsiones legales sobre la cuestión.

En lo que sigue, trataré de dar cuenta de los principales criterios que hasta el momento ha manejado la doctrina y la legislación y que, en mi opinión, deben ser descartados.

#### a) Potestad discrecional vs. potestad reglada

La distinción tradicional entre potestades administrativas de carácter reglado y de carácter discrecional es fundamental en nuestro derecho administrativo. Más allá de la utilidad didáctica que pueda tener esta clasificación, este criterio ha servido, sobre todo, para

---

<sup>430</sup> Tornos Mas, «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», 176.

<sup>431</sup> «La transacción y el arbitraje», en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, ed. M. Carmen Chinchilla Marín (Madrid: Thomson Civitas, 2004), 269. En otro fragmento del mismo texto, el autor propone una traducción distinta del concepto de disponibilidad en el ámbito del arbitraje administrativo: “en el tráfico jurídico de las Administraciones públicas el campo del arbitraje está limitado hoy a las cuestiones de Derecho privado, atribuidas al conocimiento de los Tribunales civiles, sin perjuicio de que el legislador (estatal) pueda un día admitir y regular el arbitraje sobre cuestiones administrativas, aunque tendrá que limitarlo, como es natural y siempre que se trate de un verdadero arbitraje, a cuestiones «disponibles», lo que adaptado al ámbito de las Administraciones Públicas (que, como hemos visto, nunca tienen el mismo grado de «libre disposición» que los particulares) significa cuestiones en las que únicamente estén en juego intereses de las partes (fundamentalmente de tipo patrimonial), pero no intereses públicos o de terceros. Es concebible un arbitraje en el que se fije la indemnización a que tiene derecho la Administración o un contratista por el incumplimiento de un contrato; no lo es (al menos no sin violentar conceptos básicos muy arraigados) otro sobre la validez de una licencia urbanística”, *Ibid.*, 286.

determinar el alcance que debe tener el control ejercido por los órganos judiciales contencioso-administrativos sobre la actuación administrativa. Así, el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), consagra la prohibición de que los Tribunales y jueces de lo contencioso-administrativo sustituyan la voluntad de la Administración en sus decisiones discrecionales, limitando su control jurisdiccional a los elementos reglados que intervengan en la actuación administrativa impugnada. Esto sí, con la salvedad del control de los hechos determinantes y siempre que no se incurra en arbitrariedad o desviación de poder o la no sustitución de la decisión entrañe una violación de los principios generales del derecho<sup>432</sup>.

Como veremos a continuación, la diferenciación entre potestades regladas y discrecionales ha sido utilizada por muchos autores como criterio de arbitrabilidad. Algunos han equiparado la discrecionalidad con la arbitrabilidad, mientras que otros han hecho lo contrario, vinculando carácter reglado con arbitrabilidad. De hecho, se ha llegado a traducir el término propio del derecho privado de la disponibilidad por el de la discrecionalidad en el ámbito jurídico-administrativo. Según este punto de vista, todo conflicto que surja a partir del ejercicio de una potestad discrecional sería arbitrable, pues la Administración, en ejercicio de su “poder de disposición”, puede decidir someter la controversia a arbitraje de acuerdo con criterios discrecionales. En una línea parecida, algunos autores han llegado a entender que la discrecionalidad es la traducción en el ámbito público del principio jurídico-privado de la autonomía de voluntad<sup>433</sup>.

Así, por ejemplo, Joan Manuel Trayter afirma que, en el ámbito jurídico administrativo, los conflictos disponibles se corresponden “con las materias típicamente convencionales dejando al margen la actividad reglada de la Administración, pues en esta última la Ley permite una única solución justa<sup>434</sup>”. El requisito de disponibilidad “no se cumple, desde la óptica jurídico-pública, cuando la Administración ejerce potestades regladas (pues la ley determina todos y cada uno de los comportamientos de la Administración), siendo más

---

<sup>432</sup> Para una exposición completa de esta cuestión, ver Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 217-321. Sin embargo, la explicación más tradicional e influyente durante muchos años ha sido la que se puede encontrar en García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:499-532. Destaca el hecho de que esta obra no se haya actualizado y no haya dado cuenta de la crisis de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y la distinción entre el margen de apreciación y las potestades discrecionales, que tiene como consecuencia el retorno al concepto unitario de discrecionalidad. Se trata de una cuestión que sí se trata con detalle en la obra citada de Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 246-52.

<sup>433</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 103. En contradicción con esta idea, el mismo autor llega a afirmar unas líneas más abajo que “la Administración, como es sabido, no es libre a la hora de formar su voluntad”, *Ibid.*, 104.

<sup>434</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 81.

discutible esa afirmación referida a las potestades discrecionales, pues ahí, en principio, caben diversas opciones, todas ellas justas<sup>435</sup>”.

En definitiva, para este autor, el ámbito de disponibilidad es aquel en el que la Administración ejerce potestades discrecionales y de forma bilateral. De esta forma, se excluyen del arbitraje controversias en las que la Administración actúa de forma unilateral. Y, en el caso de la actividad bilateral, solo serían arbitrables los aspectos no reglados. Así, por ejemplo, el autor considera aptos para el arbitraje los conflictos sobre convenios celebrados entre Administraciones públicas, a no ser que estos versen sobre aspectos que él mismo considera no disponibles, porque son reglados, como la competencia del órgano celebrante<sup>436</sup>.

Por el contrario, Juan Rosa Moreno<sup>437</sup> considera que la regla general defendida por Joaquín Tornos Mas de que las controversias en torno la actividad unilateral de la Administración no son arbitrables<sup>438</sup> tiene dos excepciones: los conflictos relativos a la actividad discrecional y a la determinación de cantidades. En relación con el primer ámbito, considera que, a pesar de que se trate de actos unilaterales, “el margen de negociación de la Administración lo proporciona las alternativas que caen bajo el lícito margen de acción administrativa”. En este sentido, vincula el hecho de que este ámbito es propicio para las decisiones consensuadas con la posibilidad de utilizar medios de resolución alternativa de conflictos.

Por otro lado, Rosa Moreno alude a la complejidad técnica elevada que, supuestamente, solo existe en los ámbitos discrecionales. Esta complejidad exige una “flexibilización” (que no concreta), una “negociación en la acción”. En definitiva, el autor vuelve a vincular el arbitraje con la posibilidad de negociar. Por último, asocia el crecimiento de la terminación convencional en ámbitos de discrecionalidad con la posibilidad de arbitraje. Lo más sorprendente es que después de esta exposición, Rosa Moreno concluye que el arbitraje debe excluirse de “los conflictos cuya litigiosidad consista en la legalidad de la actuación administrativa; fiscalización que únicamente puede realizarla la justicia administrativa constitucionalmente garantizada<sup>439</sup>”.

Hay que preguntarse entonces cómo entiende compatible este autor el carácter de equivalente jurisdiccional del arbitraje con esta afirmación. Si no controla la legalidad de la actuación administrativa, ¿qué es lo que controla el árbitro? Parece que aquí subyace la equivocada idea de que el tribunal arbitral constituye una instancia que solo puede resolver los conflictos a partir de criterios de equidad, y no en aplicación del derecho. Lo que resulta más llamativo es que, si esto fuera así, un órgano de estas características debería contar con

---

<sup>435</sup> Ibid., 85.

<sup>436</sup> Ibid., 98.

<sup>437</sup> *El arbitraje administrativo*, 109.

<sup>438</sup> Ver *infra*, 185.

<sup>439</sup> *El arbitraje administrativo*, 111.

una legitimación democrática mucho mayor, puesto que el fundamento de su papel resolutorio no sería el derecho, sino la equidad, un criterio que no puede sustituir los juicios de oportunidad política que entraña la discrecionalidad. En efecto, el ámbito discrecional es precisamente donde el control judicial resulta más problemático, dada la especial legitimidad democrática que ostenta la Administración.

En una línea similar, Joaquim Ferret Jacas también considera acertado el criterio del *Conseil d'État* según el que queda excluido del ámbito del arbitraje administrativo el llamado “contencioso de legalidad”<sup>440</sup>. Según Marta García Pérez, en realidad, el autor pretende excluir las controversias sobre ejercicio de potestades regladas<sup>441</sup>.

Pues bien, la distinción entre potestad reglada y discrecional no sirve en absoluto como criterio para determinar qué controversias presentan susceptibilidad de ser resueltas mediante arbitraje<sup>442</sup>. Se confunde medio con resultado. El recurso al arbitraje no predetermina la decisión que pondrá fin al conflicto. El hecho de que la Administración tenga reconocido un margen para decidir, sobre la base de criterios de oportunidad, no tiene nada que ver con el cauce procesal por el que se resolverá el conflicto surgido en torno al ejercicio de esta potestad discrecional.

Por otro lado, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández recuerdan que “tampoco hay paralelo posible entre los negocios jurídicos, como expresión de una efectiva autonomía, y los actos discrecionales, simple manifestación de una potestad construida y atribuida como tal por la Ley, en la que existe necesariamente una pluralidad de elementos reglados (que no son meros límites externos, sino que integran positivamente el acto de ejercicio) y en la que no se expresa, como en el negocio privado, la idea de una *Selbstherrlichkeit* (autoseñorío), sino, por el contrario, la idea de un deber (FLUME), de un deber funcional<sup>443</sup>”.

Seguir este criterio significaría afirmar, por ejemplo, que, por tratarse de una decisión teóricamente discrecional, la aprobación de un Plan Especial Urbanístico de protección del patrimonio histórico de un núcleo de población es plenamente susceptible de arbitraje, mientras que el conflicto que surja en el marco de un proceso de ejecución urbanística del planeamiento no lo es, dado que en este último caso la Administración no ejerce una potestad discrecional sino reglada, basada en la interpretación para el caso concreto de un concepto jurídico tan indeterminado como el reparto equitativo de beneficios y cargas.

Estos dos ejemplos permiten ver cómo la naturaleza discrecional de una potestad discrecional no permite afirmar con automatismo que los conflictos que surjan en torno a su ejercicio sean más adecuados para el arbitraje, porque la Administración “dispone” y ejerce

---

<sup>440</sup> Ferret Jacas, «Límites del arbitraje administrativo», 17.

<sup>441</sup> García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 48.

<sup>442</sup> También en contra de este criterio, *Ibid.*, 49.

<sup>443</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:596.

su autonomía de la voluntad. Por el contrario, parece razonable sostener que una decisión de tal trascendencia política y con capacidad para generar jurisprudencia, como es la aprobación del planeamiento urbanístico, debe debatirse públicamente en el foro jurisdiccional. Se trata, en definitiva, de cuestionar la idea de ciudad adoptada por una Administración, que está legitimada democráticamente, por parte de un órgano que responde al principio democrático de una forma notablemente más indirecta. Si ya ha costado mucho configurar el control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales, cabe prever aún más dificultades en el sometimiento de este tipo de controversias a arbitraje.

En cambio, que la aprobación de los instrumentos de ejecución urbanística se conciba como un ejercicio de una potestad reglada no impide que muchos de los conflictos que surjan a su alrededor puedan considerarse como carentes de interés más allá de los propietarios directamente involucrados en el proceso de transformación urbanística, o presenten una escasa relevancia a efectos de desarrollar la jurisprudencia, por su marcado carácter casuístico. En consecuencia, parecería más lógico estimar que este conflicto, aunque surge del ejercicio de una potestad reglada, es arbitrable, por no presentar, en general, ninguna cuestión relativa a la interpretación y creación de normas públicas. En el capítulo siguiente desarrollaré este punto de vista al explicar los criterios orientativos de arbitrabilidad.

En la STS *Áridos do Mendo*, ya citada, también se utilizó el criterio de equiparar el carácter reglado de una potestad con la ausencia de disponibilidad y, en consecuencia, con la no arbitrabilidad:

“incluso concurriendo los presupuestos y requisitos del artículo 31 (aprobación por Real Decreto previo dictamen del Consejo de Estado en pleno) no por ello cabe remitir a arbitraje cualquier cuestión, sino solamente aquellas sobre las que exista poder de disposición; y eso, desde luego, no ocurre en ningún caso con cuanto concierne a la misma determinación o afirmación de la naturaleza jurídica de los bienes públicos como demaniales o patrimoniales (arts. 5 a 7 LPAP), pues la identificación de la naturaleza jurídica demanial o patrimonial de un bien es fruto de la aplicación de unos criterios reglados (que no dejan de serlo porque en su definición se utilice la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) para cuya individualización no existe discrecionalidad ni disponibilidad de la Administración. Del mismo modo, no existe poder de disposición sobre los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad del demanio, ni en general sobre las reglas de *ius cogens* de la LPAP y demás leyes sectoriales de las distintas categorías de bienes de dominio público”

Como hemos señalado anteriormente, la presencia de “criterios reglados” no comporta, por sí misma, la ausencia de arbitrabilidad, sino más bien todo lo contrario. Precisamente, es en el ámbito de la discrecionalidad donde el arbitraje puede encontrar más dificultades. Por otro lado, en esta sentencia el TS equipara “poder de disposición” con arbitrabilidad y esto, como se explicará más adelante, es inadecuado. El principio de disponibilidad no es aplicable al ámbito del sector público y, en todo caso, el arbitraje y la transacción son instituciones muy distintas entre sí.

En definitiva, considero que el criterio de arbitrabilidad basado en equiparar las potestades discrecionales con la arbitrabilidad de la controversia resulta totalmente inadecuado. Si esta distinción tiene alguna utilidad para la delimitación del ámbito de acción del arbitraje en el sector público, será en sentido inverso. Es decir, es más probable que se considere que los

litigios en los que predominen los elementos discrecionales son menos apropiados para el arbitraje.

Sin embargo, esto no significa que las controversias alrededor del ejercicio de una potestad reglada sean automáticamente adecuadas para el arbitraje. Tal y como tendremos oportunidad de ver más adelante, puede considerarse que la interpretación de ciertos conceptos jurídicos es tan sensible que, por norma general, los árbitros no deben inmiscuirse en la aplicación que ha realizado la Administración. También puede alegarse que la necesidad de creación de precedente en torno a los mismos exige que sean resueltos exclusivamente por el poder judicial. Así, por ejemplo, cabría considerar que los conceptos legales que utiliza la normativa de valoración de expropiaciones, de carácter reglado, son de extrema relevancia, y que existe necesidad de precedente judicial en este ámbito, por lo que el arbitraje no resulta adecuado. Así pues, la asociación del carácter reglado de la potestad con la arbitrabilidad de la controversia tampoco resulta adecuada.

En todo caso, el argumento definitivo que demuestra que el mencionado criterio debe ser desestimado es la mezcla inextricable de discrecionalidad y potestad reglada habitual en los conflictos categorizados como administrativos. Por alguna razón el artículo 71.2 LCJA no habla de las decisiones discrecionales sino de la prohibición de que la jurisdicción determine “el contenido discrecional de los actos anulados”. Es decir, la propia LJCA constata que, más que actos totalmente discrecionales o totalmente reglados, lo que ocurre es que en la actuación administrativa concurren ambos tipos de elementos. Así sucede, por utilizar el ejemplo anterior, en la aprobación de planes urbanísticos. En estos supuestos, confluyen elementos reglados y elementos discrecionales: todo plan deberá sujetarse a unos requisitos procedimentales (carácter reglado) y a la vez será fruto de la discrecionalidad de que teóricamente goza el planificador para escoger entre varias opciones de ciudad.

Por lo tanto, establecer un criterio de arbitrabilidad basado únicamente en el carácter reglado o discrecional de la actividad administrativa que se revisa en sede arbitral no es posible. Además, asociar discrecionalidad o carácter reglado, sin matices, con arbitrabilidad o no arbitrabilidad, resulta inadecuado. Es probable que muchos de los conflictos en los que predominen los elementos discrecionales no se consideren arbitrables en aplicación de los criterios orientativos de arbitrabilidad que sugiero en el siguiente capítulo, como el relacionado con la necesidad de jurisprudencia o la especial “sensibilidad” de la materia a efectos de la rendición de cuentas derivada del principio democrático. Por otro lado, habrá conflictos en los que predominan criterios reglados que también pueden ser considerados no arbitrables de conformidad con estos mismos criterios (por ejemplo, considerar que los litigios de expropiaciones no son arbitrables por la necesidad de precedente).

En definitiva, distinguir entre potestades discrecionales y regladas como base para delimitar la arbitrabilidad en el sector público no es ni posible ni adecuado. Me parece mucho más razonable que sea el poder legislativo quien abra la puerta al arbitraje en los supuestos que considere oportuno, sobre la base de los criterios que expondremos más adelante.

## b) El carácter unilateral o bilateral de la actuación administrativa

Otra de las dicotomías que han utilizado diversos autores como criterio de arbitrabilidad pública ha sido la distinción entre la actuación unilateral y bilateral de la Administración<sup>444</sup>. Según este punto de vista, los conflictos derivados de contratos, convenios y figuras asimilables se hallarían dentro del área en la que puede utilizarse el arbitraje, mientras que los surgidos en torno a actos administrativos dictados de forma unilateral pertenecerían al dominio exclusivo de la jurisdicción.

Joaquín Tornos Mas, por ejemplo, excluye el arbitraje de la actividad unilateral porque entiende que esta consiste en definir el interés general, y asocia la actividad bilateral o convencional con un supuesto “interés privado”. Para este autor, la clave está en que “el árbitro no enjuiciará en este caso la decisión unilateral de la Administración que concreta la norma atributiva de la potestad (...) La Administración no traslada en estos casos la interpretación de una prerrogativa suya a un tercero<sup>445</sup>”. En una línea similar, Marta García Pérez se adhiere a la línea seguida por Santiago González-Varas Ibañez<sup>446</sup> y se muestra de acuerdo en excluir, dentro de la “extensa actividad unilateral de la Administración”, aquellos asuntos en los que exista una “actuación de policía, soberanía o imperio<sup>447</sup>”.

Como se ha expuesto antes, Juan Manuel Trayter reserva el arbitraje a los ámbitos de actividad bilateral de la Administración, y solo en relación con los aspectos reglados, dado que en estos “la Ley permite una única solución justa<sup>448</sup>”. El autor pone como ejemplos de este criterio múltiples categorías de contratos y convenios que se pueden celebrar en el ámbito del sector público<sup>449</sup>. En el caso de los convenios colectivos sobre la función pública,

---

<sup>444</sup> Tornos Mas, «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», 176; Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 95; Pérez Moreno, «El arbitraje administrativo», 298. García Pérez también entiende que la actividad bilateral es un ámbito material “que no ofrece dudas” respecto al arbitraje y considera que la posición de Tornos es “segura” pero “excesivamente conservadora”, García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 47; Díaz Madrera, «El arbitraje y el Derecho de la contratación pública».

<sup>445</sup> «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», 176.

<sup>446</sup> Santiago González-Varas Ibañez, «Las negociaciones y el Derecho administrativo: transacciones, convenios, arbitraje», en *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías (Tomo II)* (Madrid: Civitas, 2003), 1823.

<sup>447</sup> García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 49.

<sup>448</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 81.

<sup>449</sup> Concretamente, enumera los contratos administrativos (típicos y atípicos), los contratos privados de la Administración, los convenios entre Administraciones Públicas, los convenios colectivos en la función pública, los convenios expropiatorios, los acuerdos indemnizatorios que finalizan el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, la terminación convencional en materia sancionatoria, y en procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, así como otras materias susceptibles de arbitraje, como los conciertos educativos y sanitarios, reclamaciones y convenios tributarios y las concesiones administrativas. *Ibid.*, 96-102.

el autor equipara los aspectos abiertos a la negociación con los aspectos susceptibles de arbitraje. En el ámbito urbanístico, considera arbitrables los convenios porque estos nunca podrán alterar las determinaciones “regladas” del plan como estándares urbanísticos mínimos, órganos competentes para su tramitación y aprobación, etc<sup>450</sup>.

Pues bien, desde mi punto de vista, todas estas posiciones doctrinales parten de una concepción errónea del arbitraje e intentan esconder, bajo una gran simplificación, la complejidad de la realidad jurídica administrativa. A continuación expondré diversas razones que permiten afirmar que este criterio es inadecuado.

En primer lugar, la tesis de estos autores contiene una contradicción interna. Los ámbitos de negociación y transacción no pueden equipararse con el ámbito de acción del arbitraje. Pero, si se da por buena esta premisa, aceptada por la mayoría de autores, entonces el criterio de unilateralidad/bilateralidad no es convincente. Como recuerda Juan Manuel Trayter, la legislación permite terminar procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones de forma convencional<sup>451</sup>. De este modo, la ley autoriza la posibilidad de convenir sobre procedimientos supuestamente “unilaterales”, como son los relativos a autorizaciones. Así pues, si en estos supuestos se admite la negociación y la terminación convencional, ¿por qué no debería admitirse el arbitraje?

En segundo lugar, la distinción entre acto administrativo en sentido estricto (acto jurídico unilateral) y acto bilateral, como un contrato, es difusa, y por lo tanto, cualquier criterio de arbitrabilidad que se base en ella será débil. Pensemos, por ejemplo, en la figura de la concesión administrativa. Las concesiones demaniales siguen siendo consideradas como actos administrativos unilaterales que requieren la voluntad del interesado para desplegar su eficacia, pero las concesiones de servicios públicos han pasado a ser consideradas contratos de acuerdo con la legislación de contratación pública. A la vez, el otorgamiento de una autorización presupone la solicitud del interesado, por lo que podría cuestionarse el carácter auténticamente “unilateral” del mismo<sup>452</sup>. En definitiva, el criterio de la unilateralidad/bilateralidad comparte uno de sus puntos débiles con el criterio de discrecionalidad/carácter reglado, puesto que ambas propuestas se basan en distinciones que no son sólidas.

En tercer lugar, muchas de las opiniones doctrinales que defienden este criterio parten de una concepción de la autotutela que no se corresponde con la que impera en nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, cuando Tornos Mas señala que, en los litigios sobre actividad bilateral “la Administración no traslada en estos casos la interpretación de una

---

<sup>450</sup> Ibid., 99.

<sup>451</sup> Ibid., 102. Concretamente, cita el art. 7.1 (*rectius*, 5.1) del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.

<sup>452</sup> Sobre esta cuestión, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:595.

prerrogativa suya a un tercero<sup>453</sup>», obvia aspectos fundamentales de la construcción de la autotutela en nuestro sistema. Como es sabido, la Administración tiene el privilegio de interpretar, aplicar, y en su caso, ejecutar el derecho sin auxilio de un órgano judicial. Sin embargo, esta actuación puede ser anulada o rectificada posteriormente a todos los efectos por un órgano judicial, por lo que no es una “prerrogativa” absoluta, a la que la Administración “renuncia” si se somete a arbitraje. Lo que sucede es que este control externo no es ejercido por un tribunal de justicia, sino por un tribunal arbitral.

En cuarto lugar, esta argumentación también pasa por alto el régimen de los contratos administrativos, en los que la Administración decide unilateralmente sobre su modificación o extinción (artículos 190 y ss. LCSP 2017). Es decir, que en un marco “bilateral”, como el de un contrato administrativo, la Administración puede dictar actos unilaterales.

En conclusión, todo lo expuesto indica que el hecho de que la actuación administrativa se consensúe con el administrado, que se produzca en un marco “bilateral”, no implica que una controversia deba ser considerada arbitrable automáticamente, a la vez que no debe descartarse que el arbitraje resulte adecuado para una controversia en torno a un acto dictado unilateralmente.

Además, cabe adelantar que el criterio basado en la distinción entre actuación unilateral y bilateral no es compatible con los criterios orientativos que sugiero en el siguiente capítulo. Bajo el criterio de unilateralidad/bilateralidad, un conflicto en torno al rescate de un contrato de concesión de obra pública, como una autopista, sería arbitrable por la simple razón de que el conflicto surge en el marco de una relación bilateral con la Administración.

No obstante, en una controversia como esta, puede considerarse que la jurisdicción desempeña una función que va mucho más allá de la de resolver el conflicto concreto. En efecto, se puede argumentar que la sentencia sobre el caso puede generar un precedente importante para el sector de las concesiones de obras públicas. Los empresarios y Administraciones que se enfrenten a situaciones similares estarán ciertamente interesados en conocer en qué sentido ha interpretado la jurisprudencia los requisitos para rescatar una concesión. El último inciso del artículo 279.c) LCSP prevé, concretamente que “[e]l rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional”. La expresión de “eficaz y eficiente” es un buen ejemplo de previsión legal considerablemente vaga, que requiere la colaboración de la jurisprudencia.

Otro ejemplo es el de un conflicto entre propietarios privados en un proceso de reparcelación (también denominada compensación). Formalmente, la controversia nace a partir de un acto unilateral de la Administración. Con todo, existen motivos razonables para considerarlo un supuesto arbitrable, como puede ser la poca relevancia de la jurisprudencia en estos conflictos.

---

<sup>453</sup> «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», 176.

En definitiva, habrá casos relacionados con una actuación administrativa bilateral que pueden ser considerados como no arbitrables desde el punto de vista de la necesidad de precedente y, a la vez, hay casos de actuación formalmente unilateral en los que es razonable abrir la posibilidad de arbitraje, como el conflicto en torno a una reparcelación urbanística. En consecuencia, la distinción entre actividad unilateral y bilateral de la Administración tampoco resulta útil a efectos de delimitar el ámbito de acción del arbitraje en el sector público si nos basamos en los criterios que desarrollaré en el siguiente capítulo.

### c) La actuación administrativa sometida al Derecho privado

Varios autores ven en la actuación de las Administraciones sometida al derecho privado un ámbito en el que el arbitraje puede funcionar<sup>454</sup>. Para algunos autores, el único. En esta última línea se adscriben autores como Huergo Lora, quien, partiendo de la hipótesis de que se admitiera, en principio, el arbitraje administrativo, sostiene la tesis, *de lege ferenda*, de que no podrían someterse a este mecanismo las controversias en las que se discuta “la interpretación de lo que sea de interés general<sup>455</sup>”. Huergo Lora parte de la presunción de que todo aquello que sea competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa está relacionado con la valoración o tutela del interés general, y en consecuencia, la aplicación de este criterio conducirá finalmente a la restricción del arbitraje a los asuntos de derecho privado<sup>456</sup>.

El Tribunal Supremo ha adoptado este punto de vista cuando se ha enfrentado con la cuestión. En una de las únicas sentencias sobre la materia, la de 6 de marzo de 1987, la Sala civil del Alto tribunal resolvió que el laudo dictado un arbitraje entre un particular y una sociedad mercantil pública era válido sobre la base del siguiente razonamiento:

“En conclusión, como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje de equidad y en definitiva el Laudo emitido por los árbitros, recae sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la específica del objeto social de la empresa expropiada y erigida de esta suerte en sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente, que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitraje privados (sic) de 22 de diciembre de 1953 según su artículo 14, de donde se infiere que el único motivo de nulidad esgrimido al amparo del artículo 30 de dicha Ley en relación con el artículo 1.691-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior a su modificación por la Ley 34/1984, dada la fecha de interposición del recurso, no puede prosperar<sup>457</sup>”.

Como puede verse, el dato clave para el TS es que se trata de un conflicto sobre una “actividad mercantil” de una “sociedad estatal”, es decir, que no es una “actividad administrativa” de una Administración u organismo público. Así, se da por sentado que, si

---

<sup>454</sup> Así, entre otros, *Ibid.*, 175.

<sup>455</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 199.

<sup>456</sup> *Ibid.*, 200.

<sup>457</sup> Esta sentencia se ha utilizado como apoyo para sostener la posibilidad de arbitraje en este tipo de conflictos en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed., *Comentarios a la ley de arbitraje: ley 36/1988 de 5 de diciembre* (Madrid: Tecnos, 1991), 22.

se califica un determinado supuesto como de derecho privado, automáticamente se abre la puerta al arbitraje, sin necesidad de ulteriores razonamientos. Así pues, no se especifica por qué este conflicto, dentro del dominio del derecho privado, es de los considerados “disponibles”. Hay que tener en cuenta que, en el año 1987, cuando se dictó esta sentencia, la sala civil del TS todavía sostenía que los conflictos en derecho de sociedades no eran aptos para el arbitraje (esto no cambió hasta 1998).

En una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia se aplicó el mismo criterio, pero en sentido contrario: el tribunal rechazó la arbitrabilidad de una controversia entre el entonces organismo autónomo de Correos y Telégrafos y un particular, sobre la base de considerar que estaban en juego derechos de la Hacienda pública<sup>458</sup>. De acuerdo con esta perspectiva jurisprudencial, si el mismo conflicto se planteara hoy, quizá sí se admitiría el arbitraje, dado que Correos y Telégrafos ya no es un organismo autónomo, una entidad con forma jurídico-pública, sino que ahora es una sociedad mercantil estatal.

El acuerdo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 30 de junio de 1995 (asunto 310/95) también puede incluirse dentro de las resoluciones que abraza este criterio. En este caso, el tribunal arbitral rechazó la pretensión de inadmisibilidad de la solicitud de arbitraje que planteaba la parte demandada, una sociedad mercantil pública de la Administración de la Generalitat de Cataluña, “Gestió d’Infraestructures, S.A.” (GISA), en relación con la solicitud de aumento de precios del adjudicatario de un contrato de obra pública. En esta resolución, el tribunal arbitral consideró que la forma jurídico-privada de esta entidad permitía que se celebrara el arbitraje.

Por último, es interesante mencionar un ejemplo de precepto normativo en el que se ha adoptado este criterio. El artículo 156 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, prevé lo siguiente:

Las entidades locales procurarán que las personas, organismos y sociedades de ellas dependientes que gestionen servicios públicos establezcan en sus contratos la acogida a un sistema de arbitraje para resolver los conflictos y las reclamaciones derivadas de la prestación de servicios o actividades a los consumidores.

De acuerdo con este artículo, tan solo hace falta que la gestión directa de un servicio público se realice mediante una entidad instrumental para que se pueda utilizar el arbitraje. Cuando una Administración gestiona directamente un servicio público –en contraposición con el modelo de gestión indirecta a través de un concesionario–, dispone de dos submodalidades: puede hacerlo por ella misma, como Administración pública, o bien puede crear un ente instrumental en forma de entidad pública empresarial local o sociedad mercantil pública local<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 18 de abril de 1995 (AC\1995\612).

<sup>459</sup> Dado que este Decreto es anterior a la LCSP 2017 y LRSJP, creo que la mención a “organismos” genera dudas. En 1995 puede que ciertos organismos autónomos no fueran considerados como entidades sujetas

Si escoge la opción de la entidad instrumental, el mencionado reglamento obliga a que se procure incluir cláusulas arbitrales con los consumidores o usuarios del servicio público. El criterio que parece inspirar este precepto es que, si la relación del consumidor o usuario no se entabla formalmente con la Administración, sino con una entidad instrumental que no tiene carácter de Administración pública, entonces el arbitraje no solo será admisible sino deseable.

Pues bien, la tesis que equipara el ámbito de la actuación administrativa sometida al derecho privado con el ámbito de acción del arbitraje me parece inadecuada, por diversos motivos. Antes de exponerlos, me gustaría advertir que, en las formulaciones de esta propuesta de arbitrabilidad, no se suele distinguir entre a) la actuación que puede realizar una Administración considerada tal a todos los efectos y que se formaliza a través del derecho privado y b) la actuación de las entidades instrumentales de la Administración que, o bien están constituidas en una forma jurídica privada o que, a pesar de tener una personificación jurídico-pública, desarrollan su actividad principal en el marco del derecho privado, por el otro.

Un ejemplo del primer supuesto es la regulación aplicable al deslinde del patrimonio de la Administración General del Estado, que se halla dentro de la categoría de administración en sentido estricto (junto con el resto de administraciones territoriales y otras entidades como los organismos autónomos). El artículo 41.2 LPAP prevé que, con ocasión del ejercicio por la Administración de la potestad de deslinde administrativo, pueden surgir “cuestiones de naturaleza civil”, como podría ser la titularidad de un bien. Ejemplos del segundo supuesto serían las actuaciones de una sociedad mercantil municipal o de una entidad con forma jurídico-pública pero que en general actúa –teóricamente- bajo el derecho privado, como la entidad pública empresarial Administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF). Creo que merece tener en cuenta esta distinción, dado que la legislación de contratos del sector público, por ejemplo, ha tratado de forma distinta ambos supuestos por lo que se refiere al arbitraje.

Dicho esto, me parece que el criterio que relaciona arbitraje con actuación de derecho privado es inadecuado, en primer lugar, porque implica desconocer la naturaleza real de la actividad de la Administración sometida al derecho privado. Tal y como subrayan García de Enterría y Fernández, no puede olvidarse que en ella también “está presente la idea de realizar intereses públicos o colectivos, lo cual trasciende necesariamente al régimen aplicable a tal actividad<sup>460</sup>”. En este mismo sentido, Bustillo Bolado ha defendido que la publicidad del laudo dictado en un arbitraje público sea exigible tanto para “los de Derecho Público como

---

enteramente al Derecho administrativo. Actualmente, esto resulta discutible, al menos respecto a los organismos autónomos estatales, de conformidad con el art. 99 LRSJP. Desde el punto de vista de la LCSP, los organismos autónomos son Administración pública a todos los efectos (art. 3.2.a) en relación con el art. 25 LCSP).

<sup>460</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:462.

los de Derecho Privado”, pues “en ambos casos están por igual en juego los intereses generales<sup>461</sup>”.

En realidad, la diferencia más relevante es la relativa a los mecanismos jurídicos utilizados, así que no puede establecerse una distinción de carácter ontológico. En las relaciones jurídico-privadas del sector público la Administración ha renunciado a las “herramientas” que proporciona el Derecho administrativo (básicamente, la autotutela), y se supone que ha sorteado algunas de sus cargas (teóricamente, una normativa contable más flexible, y, cada vez con un alcance más limitado, una normativa sobre contratación más flexible). Esta diferente formalización, sin embargo, no puede encubrir el hecho de que, igualmente se está ante una actuación del poder público. De hecho, la doctrina alemana incluso ha acuñado un término nuevo: *Vermwaltungsprivatrecht* (es decir, “Derecho privado administrativo”), en reconocimiento de esta circunstancia.

Pues bien, si se tiene en cuenta todo lo expuesto, la tesis que equipara actuación de derecho privado con arbitrabilidad es contradictoria. Los autores que ven en las controversias del sector público reguladas por el derecho privado un campo propicio para el arbitraje, es porque dan por hecho que el arbitraje resulta compatible con los valores públicos que deben presidir toda actuación de una entidad del sector público –pero que, como he dicho, no son exclusivos de este ámbito-. Como se ha subrayado en numerosas ocasiones, el caparazón jurídico-privado en estos supuestos es puramente instrumental. Al fin y al cabo, se trata del sector público. Siendo esto así, ¿por qué se admite el arbitraje en estos supuestos y no en aquellos en los que la Administración o sus entidades instrumentales se presentan ante los particulares bajo formas de derecho administrativo?

Seguramente, detrás de la asociación de ideas que critico está la suposición de que, cuando la Administración o una entidad dependiente se somete a arbitraje, lo hace desde su capacidad jurídica de derecho privado. Una capacidad que, como se ha destacado, en ocasiones viene acompañada por restricciones a la capacidad de obrar<sup>462</sup>. La exigencia de una autorización del órgano de dirección política para poder someter una contienda a un arbitraje, que prevé el art. 7.3 LGP y preceptos equivalentes, puede ser entendida como un equivalente funcional a este tipo de restricciones entre entes instrumentales y entes matrices.

Así, la autorización del órgano de dirección política que prevén estos preceptos podría ser considerado como un acto de tutela –si quien es parte de la controversia es un ente menor- o como un acto administrativo separable, fruto de un procedimiento de carácter incidental, que se tramita al margen del procedimiento principal que ha dado origen a la controversia. De hecho, el Tribunal Supremo ha considerado que esta restricción es aplicable también a

---

<sup>461</sup>, Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 466.

<sup>462</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:470-71.

los entes institucionales, como una Autoridad Portuaria<sup>463</sup>. De este modo, parece adoptar una perspectiva que se inscribe en la línea de García de Enterría y Fernández, que constatan que, en algunas relaciones de derecho privado, pueden existir restricciones a la capacidad de obrar por “motivos jurídico-públicos<sup>464</sup>”.

En cualquier caso, esta explicación no permite rebatir la objeción que he formulado antes. Se parte de una diferenciación tan artificial como es la que separa la actuación administrativa formalizada bajo el derecho administrativo y la que se articula a través del derecho privado. No puede afirmarse que en el primer tipo de supuestos existe un interés público incompatible con el arbitraje y en el segundo no. Si se acepta el arbitraje para estos últimos, es porque se considera que es un mecanismo fiable que no daña ningún interés digno de protección, por lo que no tiene sentido limitar la acción del arbitraje solo a las actividades administrativas en las que se utiliza el derecho privado de forma instrumental. La perspectiva correcta, en mi opinión, es entender que, en los dos ámbitos, habrá controversias adecuadas para el arbitraje y otras que se considerará que no lo son.

En la sentencia *Áridos do Mendo*, el TS parte de la idea de que transacción y arbitraje se equiparan a la hora de determinar qué es susceptible de arbitraje, dado que afirma que el arbitraje es posible “en aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición”. Así pues, se inscribe en la línea que critico más adelante, que trata de forma equivalente a ambas figuras, a pesar de sus diferencias. Sin embargo, a continuación realiza unas consideraciones *obiter dicta* sobre “la proyección del interés general” en la actividad administrativa sujeta a derecho privado:

“Y esto que se acaba de decir también no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho Público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho Privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional ( art. 9.3 CE ); servicio a los intereses generales, objetividad y legalidad ( art. 103.1 CE ). Toda actividad administrativa -también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado- se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve.

Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho Público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados

---

<sup>463</sup> STS *Áridos do Mendo*.

<sup>464</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:470.

actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado<sup>465</sup>”

Comparto la idea de que no se puede distinguir entre actuación administrativa sometida a derecho público y a derecho privado sobre la base de la presencia o ausencia de interés general, pero no creo que deba ser utilizada en el sentido que hace el TS. Como he expuesto en los capítulos II y III, la idea de interés público está presente en todos los campos del derecho, de forma que delimitar el ámbito de acción del arbitraje a partir de esta idea llevará a resultados poco coherentes.

En este punto, hay que retomar la cuestión de cómo debe interpretarse el artículo 106.1 CE en relación con el arbitraje público. Como he expuesto allí, autores como Huergo Lora defienden que este precepto impide utilizar el arbitraje en el sector público cuando la controversia se clasifica como de derecho administrativo, pero permite acudir a este mecanismo cuando la disputa es calificada como de Derecho privado.

Los autores que defienden la arbitrabilidad de las controversias de Derecho privado del sector público implícitamente se adhieren a dicha visión. Al argumentar que este tipo de controversias pueden ser resueltas mediante arbitraje, están dando a entender que el efecto prohibitivo del arbitraje que supuestamente despliega el artículo 106.1 CE se puede evitar de una forma relativamente sencilla, al menos desde un punto de vista conceptual. Simplemente debe vehicularse la relación jurídica a través del derecho privado<sup>466</sup>.

Pero como he expuesto antes, esta interpretación del artículo 106.1 CE entra en tensión. Si se admite el arbitraje del sector público en conflictos calificados como de derecho privado, como hace la mayoría de autores, se está admitiendo que el artículo 106.1 CE no prohíbe el arbitraje cuando en él se deben resolver controversias clasificadas como de derecho privado. Tal y como he expuesto en este epígrafe, la distinción entre ambos tipos de disputas no es de carácter ontológico, sino que responde a diferencias formales instrumentales, que no alteran el fondo común de ambos tipos de supuestos. En la medida en que se acepta la idoneidad del arbitraje para los conflictos del sector público regidos por el derecho privado, se está admitiendo que el arbitraje es compatible con los principios que gobiernan la totalidad del sector público.

---

<sup>465</sup> La expresión de “un fondo de Derecho público” parece basarse en la exposición de García de Enterría y Fernández, según la cual “el carácter instrumental de la utilización por la Administración de formas y técnicas privadas se pone de relieve por el hecho de que siempre encontramos en el fondo de dicha utilización un núcleo público, una previa decisión de carácter público”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:81.

<sup>466</sup> En la práctica, la creación de sociedades mercantiles públicas ahora es más compleja, en comparación con la época en la que se publicó la mayoría de estas opiniones doctrinales. Ahora, el artículo 114.1.b) LRSJP, por ejemplo, exige que el plan de actuación de la nueva sociedad mercantil, anejo al acuerdo del Consejo de ministros que la cree, debe incorporar “Un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado”.

El *tercer motivo* por el que estimo inapropiado el criterio de asociar el arbitraje con la actuación administrativa de derecho privado es que parte de una premisa inapropiada: no puede presumirse que este medio de resolución de conflictos será adecuado para toda controversia del sector público en la que resulte aplicable el derecho privado porque, como hemos visto, derecho privado no equivale a arbitrabilidad. En la posición de estos autores se puede identificar la idea implícita de que, si la controversia en cuestión es calificada como de derecho privado, entonces desaparecen todos los problemas relativos a la arbitrabilidad. No obstante, como hemos comprobado en el primer epígrafe de este capítulo, por lo general, los sistemas jurídicos comparables al nuestro no tienen por equivalente la naturaleza jurídico-privada de una controversia y su arbitrabilidad. En España se ha considerado que en varios ámbitos del derecho privado no se proyecta el principio de disponibilidad en relación con el arbitraje.

En *cuarto lugar*, utilizar la expresión de “Derecho administrativo” para delimitar, en este caso negativamente, el ámbito de la arbitrabilidad, no es aconsejable desde el punto de vista de la protección de la seguridad jurídica. Oriol Mir Puigpelat ha argumentado que este principio constitucional (artículo 9.3 CE) no permite utilizar expresiones tan vagas como esta para atribuir consecuencias jurídicas a *remisiones en bloque* al llamado “Derecho administrativo”<sup>467</sup>. En el caso del arbitraje público, el criterio que excluye del arbitraje todo el “Derecho administrativo”, es decir, se establece una prohibición de arbitraje mediante una remisión a un bloque normativo cuyos contornos no están suficientemente claros. Esto implica, en primer lugar, una considerable inseguridad jurídica, y, en segundo lugar, puede comportar resultados absurdos: se puede dejar fuera del ámbito arbitrable controversias que pueden ser perfectamente apropiadas y viceversa. En definitiva, la remisión en bloque al “Derecho privado” o al “Derecho administrativo” no es una buena forma de acotar el ámbito de lo arbitrable.

Por último, hay que advertir que el arbitraje público no tiene nada que ver con la “huida del Derecho administrativo”. Juan Rosa Moreno, a pesar de no criticar la doctrina de la STS citada de 1987 que equipara arbitrabilidad con “actividad mercantil”, advierte que la sumisión a arbitraje de este tipo de conflictos va ligada a este fenómeno y a los riesgos que de él se derivan<sup>468</sup>. Sin embargo, utilizar el arbitraje no significa para nada renunciar al derecho administrativo. En efecto, el tribunal arbitral deberá resolver de acuerdo con las normas de este sector del ordenamiento, si resultan aplicables, de la misma forma que lo haría un tribunal contencioso-administrativo.

En definitiva, creo que todas estas razones llevan a la conclusión de que no se puede delimitar el área del sector público en la que puede utilizarse el arbitraje a partir de la distinción entre

---

<sup>467</sup> Mir Puigpelat, «El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional», 86.

<sup>468</sup> Rosa Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 107.

la actuación administrativa sometida a derecho privado y la que se rige por el derecho administrativo.

d) Normas imperativas y normas dispositivas

A veces se ha defendido un criterio de arbitrabilidad pública basado en la distinción entre normas imperativas y normas dispositivas. Por ejemplo, para Francisco López Menudo, los criterios utilizados por la doctrina civilista para delimitar el ámbito de arbitrabilidad no son válidos para el Derecho administrativo, sobre todo porque, en el momento de publicación de su artículo, aquellos se basaban sobre todo en la presencia de normas imperativas, y tal y como dice el autor, bajo este criterio no se podría utilizar el arbitraje en prácticamente ningún ámbito del sector público. Por ello, este autor aboga por “construir una interpretación propia, que está por hacer, con arreglo a los principios del Derecho Administrativo<sup>469</sup>”. En este extremo procede realizar una remisión a la explicación que hemos dado en el apartado con idéntico contenido pero en relación con la “trampa” de las normas imperativas en la distinción derecho público y privado, en el capítulo II. Como se ha dicho allí, esta “trampa” se ha superado actualmente y no se equipara arbitrabilidad con ausencia de normas de carácter imperativo.

Según lo que allí se ha expuesto, un criterio de arbitrabilidad basado en esta distinción carece de todo fundamento, por cuanto las normas imperativas se hallan en todos los sectores del derecho. En el campo del derecho privado hace tiempo que se ha cerrado el debate sobre la supuesta correlación entre normas imperativas y ausencia de arbitrabilidad con un resultado favorable al arbitraje, como demuestra el ejemplo de las controversias en derecho de sociedades<sup>470</sup> o en el derecho de la competencia.

A pesar de que en el ámbito del derecho privado este debate está superado, en el área del derecho administrativo algunos autores han vuelto a “caer” en la trampa de las normas imperativas. En un comentario a la STS *Áridos do Mendo*, ya citada, se afirma que “[e]l principio dispositivo inherente a la transacción y el arbitraje termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo, al que la Administración no puede dejar de sustraerse<sup>471</sup>”. Esta visión es totalmente desacertada por dos razones. En primer lugar, porque el arbitraje debe dissociarse de la figura de la transacción a la hora de analizar la arbitrabilidad, tal y como explico en el siguiente epígrafe. En segundo lugar, porque someterse a arbitraje no significa abandonar o dejar de sustraerse al derecho imperativo. Como he expuesto anteriormente, el arbitraje público se caracteriza precisamente por la

---

<sup>469</sup> López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 18.

<sup>470</sup> Resolución de 19 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado; STS (Sala civil), de 18 de abril de 1998.

<sup>471</sup> VVAA, «Crónicas de jurisprudencia», *Revista española de Derecho administrativo*, n.º 190 (2018).

aplicación del derecho por parte de un tercero imparcial, incluidas todas las normas que tengan carácter imperativo.

En conclusión, intentar establecer un criterio de arbitrabilidad basado en el carácter imperativo o dispositivo de las normas que resulten aplicables no tiene sentido porque esta distinción no tiene relevancia para el arbitraje de derecho, que consiste en la aplicación de las normas jurídicas relevantes para el caso por parte de un tercero imparcial, sean estas normas imperativas o dispositivas.

e) Equiparación con el ámbito de la transacción

Algunos autores consideran arbitrables todas aquellas controversias susceptibles de transacción, pues parten de la base de que ambas figuras son equiparables. Sin embargo, como hemos visto en el capítulo anterior, se trata de instituciones distintas, que plantean retos también distintos. Mientras que en el arbitraje hay un tercero imparcial que debe adoptar una decisión sobre el fondo del conflicto, basada en el derecho aplicable, en la transacción, el pacto entre las partes evita todo este proceso. En virtud de esta diferencia clave, lo que tendría sentido es aplicar un criterio más restrictivo para delimitar el ámbito en el que se admite la transacción, y no hacer lo contrario, como es habitual en muchas obras<sup>472</sup>.

Además, la delimitación de los supuestos en los que se admite la transacción se ha mostrado como una tarea extremadamente compleja. Uno de los intentos más logrados es el de Huergo Lora. Según este autor, en el ámbito del Derecho privado “las materias no susceptibles de transacción están ligadas al orden público, a un interés muy intenso del ordenamiento jurídico en la aplicación de un determinado régimen normativo, a una situación social concreta, interés estatal supraordenado a la voluntad de los sujetos afectados y a su interés en resolver de forma autónoma y rápida el conflicto que les enfrenta<sup>473</sup>”. Para el autor, el de los límites materiales de la transacción administrativa es un tema “aún por resolver en sus dos facetas:

---

<sup>472</sup> En este mismo sentido se pronuncia López Menudo cuando remarca lo siguiente (la negrita es mía): “la idea de la que hay que partir no por ociosa deja de ser la más principal: **aunque la ecuación transacción-arbitraje no ha quedado rota en el ámbito del Derecho Administrativo** –es visible el paralelismo, al menos formal, en los preceptos pertenecientes a la “familia” del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, arriba referidos– **el arbitraje no es una figura equivalente a la transacción**. Mediante el arbitraje, **la Administración no cede, o se allana, o tolera, o abandona, el cumplimiento de la norma imperativa, sino que defiere la solución del conflicto a un órgano que, por hipótesis, cuidará de la legalidad y jurisdicción conforme a los principios constitucionales**. Claro es que si no se parte de esa hipótesis y se piensa que el órgano arbitral nunca va a desempeñar ese papel con la misma solvencia y garantía que un juez entonces habría que desterrar la idea y no seguir hablando del Arbitraje. Ello pone de relieve, dicho sea de paso, que quizás en todo esto grave un problema de solvencia de los árbitros y de garantía de que la instancia arbitral, al aplicar el derecho, sopesa debidamente el plusvalor de las normas de Derecho Público, no de que todas las normas de Derecho Público, por su naturaleza, queden excluidas a priori de la posibilidad del arbitraje. En todo caso, puede afirmarse como punto de partida que **aquello que esté excluido de transacción no tiene necesariamente que coincidir con lo prohibido para el arbitraje**. Parece obligado reconocer que **la prohibición para celebrar aquélla puede ser más estricta que la que pueda imponerse al arbitraje**”, López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 19.

<sup>473</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 88.

el tipo de controversias transigibles y la clase de concesiones que la Administración puede ofrecer y aceptar para poner fin a la cuestión litigiosa<sup>474</sup>”.

Huergo expone diversas tesis doctrinales en relación con la primera cuestión: la más restrictiva consiste en negar la posibilidad de transigir en el marco del derecho administrativo, puesto que el principio de legalidad significa que solo puede haber una solución correcta: “toda cuestión litigiosa sólo tiene una salida conforme a Derecho (que es la que declararía el órgano judicial competente si se le sometiera la controversia). La Administración debe ajustarse a ella, ya que no puede ni tolerar la ilegalidad ni renunciar a mantener sus posiciones si éstas son legales. Toda transacción sería, por tanto, una vulneración del principio de legalidad<sup>475</sup>”. A la vez, la Administración no debería mantenerse en su posición si reconoce que no es correcta.

Este esquema es redibujado por Huergo, que señala que solo serían inválidas, desde este punto de vista, las transacciones sobre actos nulos de pleno derecho, puesto que aquí sí existe un deber de la Administración de revisar de oficio, de no “mantenerse en su posición”. En cambio, en el caso de los actos que podrían ser anulables, no existe ese deber y por lo tanto la transacción es una solución que puede adoptarse en virtud del interés público, igual que sucedería si la Administración interpusiera un recurso de lesividad contra el acto que se considera anulable<sup>476</sup>. En otras palabras, si el acto es nulo de pleno derecho, no cabe transigir, porque lo que debe hacerse es tramitar un procedimiento de revisión de oficio. Ahora bien, si el acto es potencialmente anulable, sí se admite la transacción. Por último, como es lógico según este punto de vista, no cabrá transacción si el acto no contiene ningún vicio de nulidad o anulabilidad.

Desde mi punto de vista, el esquema planteado por Huergo en relación con la transacción (exclusión de los actos nulos de pleno Derecho) no sería adecuado para el arbitraje. ¿Por qué limitar el arbitraje a las controversias en torno a actos anulables? Si el arbitraje representa un equivalente jurisdiccional, ¿por qué debería prohibirse el arbitraje cuando el recurrente alega que existe un vicio de nulidad de pleno derecho, pero la Administración no lo reconoce? Una vez más, debemos recordar aquí la naturaleza radicalmente distinta del arbitraje respecto de la transacción: el arbitraje no comporta evitar que un tercero imparcial adopte una decisión conforme a derecho. Los límites de la transacción derivan de su propia naturaleza, que es distinta del arbitraje, por lo que no tiene sentido aplicarlos al este último.

Desafortunadamente, el TS ha asumido el criterio de vincular la posibilidad de sumisión a arbitraje con la posibilidad de transacción o con la “disponibilidad”. En la ya citada STS *Áridos do Mendo*, el alto tribunal niega que la previsión –hoy derogada– del artículo 50

---

<sup>474</sup> Ibid., 106.

<sup>475</sup> Ibid., 107.

<sup>476</sup> Ibid., 110.

TRLSCP<sup>477</sup> permita la “universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias” y añade lo siguiente:

“[L]a referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual, y más específicamente en el ámbito contractual portuario, debe situarse en sus justos términos, pues de esa regla general que se acaba de apuntar no resulta en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino **sólo para aquellas sobre las que cabe transigir** por no estar costreñidas (sic) por la necesaria observancia del principio de legalidad. (...)”

A tenor de cuanto se ha venido exponiendo, forzoso resulta concluir que una eventual controversia sobre la caracterización jurídica de un bien de propiedad de una autoridad portuaria, como patrimonial o demanial, no es cuestión que pueda diferirse (sic) a un arbitraje. Ahí nos hallamos ante una potestad administrativa indisponible, por lo que si la Administración considera que el bien en cuestión es demanial, no es esta cuestión que pueda abandonarse al juicio de un árbitro en virtud de pacto entre las partes enfrentadas, sino que una vez resuelta en tal sentido por la propia Administración que así lo afirma, únicamente podrá discutirse, en su caso, ante la Jurisdicción por los cauces impugnatorios oportunos”.

La utilización de la expresión de “abandonar una cuestión al juicio de un árbitro” enlaza el razonamiento de esta sentencia con el que hemos comentado en el apartado dedicado a la compatibilidad del arbitraje con el principio de legalidad. Como hemos dicho allí, “deferir” o “delegar” una cuestión a arbitraje no significa que no se aplique el derecho, sino que esta aplicación será realizada por un árbitro o tribunal arbitral en lugar de un órgano judicial.

En conclusión, la idea de que transacción y arbitraje pueden equipararse, también a efectos de delimitar su ámbito de actuación, está muy extendida en la doctrina, y el TS ha seguido este criterio cuando se ha enfrentado a la cuestión de la arbitrabilidad en el sector público. Sin embargo, esta pauta debería ser descartada, tanto por las diferencias sustanciales entre ambas figuras, como por la escasa utilidad de remitirse al ámbito de la transacción, cuyos límites no están nada claros.

#### f) Reclamaciones de cantidad

A menudo se ha defendido que las controversias en relación con una reclamación de cantidad son arbitrables *per se*<sup>478</sup>. Huergo Lora argumenta que, en este tipo de conflictos, solo están en juego los “intereses de las partes (fundamentalmente de tipo patrimonial), pero no intereses públicos o de terceros”. Como ejemplo de cuestión arbitrable menciona “la indemnización a que tiene derecho la Administración o un contratista por el incumplimiento de un contrato<sup>479</sup>”.

---

<sup>477</sup> Ver epígrafe 3.a) de este mismo capítulo.

<sup>478</sup> Pérez Moreno, «El arbitraje administrativo», 298; García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 47.

<sup>479</sup> Huergo Lora opina que, en el marco normativo actual, no es posible un arbitraje que sustituya el juez contencioso-administrativo, pero apunta qué ámbitos de lo contencioso-administrativo serían susceptibles de abrirse al arbitraje administrativo: “en el tráfico jurídico de las Administraciones públicas el campo del arbitraje está limitado hoy a las cuestiones de Derecho privado, atribuidas al conocimiento de los Tribunales civiles, sin perjuicio de que el legislador (estatal) pueda un día admitir y regular el arbitraje sobre cuestiones administrativas, aunque tendrá que limitarlo, como es natural y siempre que se trate de un verdadero arbitraje, a cuestiones «disponibles», lo que adaptado al ámbito de las Administraciones Públicas (que, como hemos visto, nunca

Muchas de estas propuestas se inspiran en el artículo 77 LJCA, que identifica las reclamaciones de cantidad como un ámbito especialmente idóneo para las transacciones<sup>480</sup>. En la misma línea, la normativa sobre procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración abre la posibilidad de convenir sobre la cuantía de la indemnización, pero no sobre la concurrencia o no de la responsabilidad<sup>481</sup>. Lo mismo sucede respecto al acuerdo de terminación convencional del procedimiento para la determinación de daños complementario al sancionador<sup>482</sup>, o con respecto a la terminación convencional referida a la cuantía de una subvención<sup>483</sup>. Autores como Juan Manuel Trayter han equiparado la posibilidad de “transigir” que se prevé en estos tres supuestos con el concepto de arbitrabilidad<sup>484</sup>.

Por su parte, Juan Rosa Moreno considera que los litigios en torno a determinaciones de cantidad son la segunda excepción a la regla general, defendida por Tornos Mas, de que la “actividad unilateral de la Administración” no es idónea para el arbitraje<sup>485</sup>. Según Rosa Moreno, el derecho comparado acredita que esta excepción se aplica a los litigios sobre expropiación forzosa o responsabilidad patrimonial de la Administración. Por otro lado, argumenta que, en estas controversias, igual que sucede en materia de contratos, se discute a menudo sobre “cuestiones de hecho, especialmente económicas”, de modo que el arbitraje resulta especialmente apropiado.

Algunos autores también aluden al “carácter patrimonial” de las controversias como cualidad que permite apreciar su arbitrabilidad<sup>486</sup>, poniendo como ejemplos los justiprecios o los rescates. Como hemos visto antes, este es el criterio general utilizado en el derecho alemán, suizo y austriaco para determinar la arbitrabilidad en controversias civiles.

---

tienen el mismo grado de «libre disposición» que los particulares) significa cuestiones en las que únicamente estén en juego intereses de las partes (fundamentalmente de tipo patrimonial), pero no intereses públicos o de terceros. Es concebible un arbitraje en el que se fije la indemnización a que tiene derecho la Administración o un contratista por el incumplimiento de un contrato; no lo es (al menos no sin violentar conceptos básicos muy arraigados) otro sobre la validez de una licencia urbanística”, Huergo Lora, «La transacción y el arbitraje», 286.

<sup>480</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 110. Huergo Lora señala que la regulación de la transacción en el art. 77.1 LJCA no la limita “a cuestiones pecuniarias, si bien considera que éstas son apropiadas en todo caso para la transacción”, Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 126.

<sup>481</sup> Actualmente, art. 85.5 LPAC 2015.

<sup>482</sup> Actualmente, art. 90.4 LPAC 2015.

<sup>483</sup> Trayter menciona el art. 7 del Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre.

<sup>484</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 101.

<sup>485</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 109.

<sup>486</sup> Pérez Moreno, «El arbitraje administrativo», 298.

En mi opinión, este criterio no es adecuado para el sector público, por diversas razones. En *primer lugar*, porque, al menos algunas de sus formulaciones, como la de Rosa Moreno, se basan en la equiparación de las cuestiones pecuniarias con las llamadas “cuestiones de hecho”, que es totalmente desacertada.

En *segundo lugar*, y adelantando ya los criterios que desarrollo en el capítulo siguiente, el hecho de que una controversia implique una reclamación pecuniaria no es relevante a efectos de determinar la importancia de que sea un tribunal de justicia estatal y no un tribunal arbitral la instancia que debe resolverla. Pensemos en el supuesto que ha hemos visto del rescate de una concesión de obra pública, como una una autopista, o en una expropiación que resulta polémica por la naturaleza del bien (un edificio histórico, por ejemplo), o una acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado-legislador. Todos estos conflictos pueden ser vistos como casos en los que la sociedad tiene interés en que se resuelvan por el sistema judicial público, ya sea porque interesa contar con el mayor número de precedentes jurisprudenciales, o porque el asunto exige un grado de rendición de cuentas que solo puede ofrecer un tribunal de justicia.

Bajo una apariencia de arbitrabilidad indiscutible, en las reclamaciones de cantidad muchas veces se esconden conflictos que tienen que ver con los fundamentos del sistema de derecho público, como son el margen de poder que se reserva la Administración en los contratos administrativos, los requisitos para adoptar la decisión de expropiar un bien o el alcance de los derechos de los particulares a ser resarcidos por actos del legislador. Todos estos supuestos podrían ser resueltos por un árbitro, desde el punto de vista técnico. Pero como sabemos, la arbitrabilidad depende de convenciones sociales, culturales y políticas, no de la capacidad de los árbitros para resolverlas.

Por otro lado, una reclamación económica de gran cuantía puede considerarse poco relevante desde el punto de vista de la generación de jurisprudencia, pero muy importante por su posible afectación a la Hacienda pública. En estos supuestos, la sociedad puede preferir el pronunciamiento judicial, dado que, en caso de que se estime la reclamación, el sistema judicial está más preparado para la rendición de cuentas<sup>487</sup>. Pensemos, por ejemplo, en una reclamación millonaria contra la Administración por el cambio de clasificación urbanística de unos terrenos. Puede que una eventual sentencia judicial no contribuya a la generación de jurisprudencia, porque la ley ha cambiado y ha adoptado nuevos criterios indemnizatorios, pero la comunidad política puede preferir que la resolución del conflicto no se desplace del sistema judicial estatal, más preparado para la rendición de cuentas.

En definitiva, el criterio de arbitrabilidad basado en el carácter de “reclamación de cantidad” o “controversia de carácter patrimonial” tampoco me parece adecuado para el sector público.

---

<sup>487</sup> Ver capítulo VII.5.

g) Determinación de conceptos indeterminados y complejidad técnica

Alfonso Pérez Moreno ha propuesto que una de las categorías de controversias que podría abrirse al arbitraje es la de las relacionadas con la “determinación de conceptos indeterminados”. El autor tiene en mente conceptos como los de “ruina, declaración de monumentalidad, balance costo-ventaja, magnitudes urbanísticas, evaluaciones de impacto y cuestiones ambientales<sup>488</sup>”.

Por su parte, Marta García Pérez argumenta que, a diferencia de las controversias en torno a disposiciones generales, o en las que el acto impugnado tenga un contenido discrecional, en aquellos casos donde concurra una “elevada complejidad técnica o científica”, los tribunales arbitrales se muestran más apropiados que los tribunales de justicia. En estos supuestos, el árbitro ofrece una mayor especialización, en comparación con el órgano judicial<sup>489</sup>. Así, por ejemplo, los litigios en torno a concursos de méritos en la carrera universitaria podrían someterse al juicio de un árbitro experto en la materia. El árbitro entraría a analizar aspectos en los que los jueces no suelen entrar, en virtud de la deferencia habitual hacia la denominada “discrecionalidad técnica” de que gozan los órganos de evaluación administrativos<sup>490</sup>.

Esta propuesta no es apropiada por diversas razones. En *primer lugar*, considerar que el arbitraje resulta adecuado para la determinación de conceptos indeterminados es tanto como afirmar que se resulta idóneo para todas las controversias jurídicas. En efecto, en todas ellas se deberán interpretar conceptos más o menos indeterminados, por lo que distinguir una controversia por la presencia de los mismos resulta imposible. Siempre será una cuestión de grado.

En *segundo lugar*, la lista de supuestos que sugiere dicho autor es totalmente heterogénea. No parece que se haya analizado con atención si los distintos supuestos que anuncia Pérez Moreno, en los que debe interpretarse un concepto jurídico indeterminado, el papel de los tribunales de justicia es asimilable. Por ejemplo, pensemos en el debate alrededor del concepto de “ruina”, que puede surgir en un conflicto entre un propietario y un Ayuntamiento porque este último ordena derribar su edificación una vez ha declarado el estado de ruina. Desde el punto de vista de la sustitución del juez por el árbitro, ¿se puede asimilar este supuesto con el de un litigio en el que el propietario de un edificio histórico recurre la declaración de interés cultural, que implica una serie de limitaciones?

Tradicionalmente se ha reconocido que en ciertos conceptos jurídicos indeterminados, como sería el de monumentalidad o interés cultural, la Administración goza de un margen de interpretación no exclusivamente cognoscitivo, como puede ocurrir en el caso de la declaración de ruina, sino también valorativo. Ciertamente, para declarar de interés cultural

---

<sup>488</sup> «El arbitraje administrativo», 298.

<sup>489</sup> García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 51.

<sup>490</sup> *Ibid.*, 52.

una edificación, no solo tendrán importancia los conocimientos técnicos arquitectónicos, que también serán relevantes, sino que también deberán realizarse consideraciones de otro tipo como las de carácter histórico o social, en las que la Administración se muestra como una instancia a la que se debe cierta deferencia por razón de su especial legitimación democrática. En definitiva, el conflicto en torno al concepto de “monumentalidad” trata una cuestión mucho más “política” y delicada para los tribunales de justicia que una disputa en torno al concepto de “ruina”. A pesar de que convencionalmente ambos conceptos (el de ruina y el de interés cultural) pertenezcan la categoría de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, presentan diferencias sustanciales muy relevantes a efectos de determinar si el arbitraje puede resultar adecuado.

En conclusión, el criterio de arbitrabilidad basado en la presencia de conceptos indeterminados o en la complejidad técnica también debe ser desestimado.

Estas consideraciones son coherentes con los criterios que se desarrollan en el siguiente capítulo. En el caso de la declaración de interés cultural, la disputa surge a partir de una decisión del poder público con gran relevancia para la comunidad política, como mínimo para todos los habitantes del municipio o territorio en cuestión. De este modo, el legislador puede preferir que el control sobre esta decisión con una presencia importante de legitimación democrática, lo ejerza un órgano judicial, una instancia que ofrece un mayor grado de rendición de cuentas.

Por otro lado, el legislador fácilmente podría considerar el caso de la declaración de ruina como arbitrable, por cuanto seguramente no se detectaría una gran necesidad de creación de jurisprudencia y no afectaría a cuestiones en las que es exigible un mayor grado de rendición de cuentas. En efecto, los informes periciales y los conceptos técnicos de ingeniería y arquitectura tendrán una gran relevancia en la resolución del conflicto, no concurrirán elementos sobre los que sea necesario un juicio valorativo y no cognoscitivo, y la casuística comportará que la sentencia que recaiga sobre el caso tenga poco valor de precedente.

#### h) El “colapso” de la jurisdicción como pauta

Tal y como he argumentado en el capítulo V, el colapso de la Justicia no puede servir como fundamento para la constitucionalidad del arbitraje. Ahora bien, cabe plantearse si el hecho de que existan muchos litigios de cierto tipo, que provoquen un “colapso” en el sistema, puede constituir un criterio de arbitrabilidad.

Este ha sido un criterio defendido por numerosos autores a la hora de abordar la arbitrabilidad pública. Así, por ejemplo, se argumenta que la relación de servicio del funcionario es arbitrable porque el procedimiento por el que se soluciona en la jurisdicción es el abreviado y se exige descongestionar la Justicia.

Antes he defendido que la arbitrabilidad es el conjunto de criterios de oportunidad que determinan si una controversia es susceptible de arbitraje o no. Así, he que existan elementos “intrínsecos” que indiquen si, desde un punto de vista ontológico, un conflicto es arbitrable

o no. Por consiguiente, que un criterio como este se base claramente en elementos “extrínsecos” a la controversia no resulta problemático.

Ahora bien, creo que la expresión de este criterio debe reformularse. Más que la referencia al “colapso” general, la idea clave es que determinadas controversias se considera que “colapsan” la justicia y ciertas otras, no. Los autores que se refieren a este “colapso” seguramente no han pensado en conflictos con gran relevancia para toda la sociedad y en áreas en las que se considera necesario contar con precedentes judiciales, sino que más bien deben de estar pensando en pequeñas controversias, de menor relevancia general, y cuya importancia es relativa para la comunidad política, pero no así para las partes enfrentadas. Este podría ser el caso del ámbito de la función pública, en contraste con otros sectores como las controversias en torno a los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Así pues, en realidad el criterio que se está proponiendo bajo la idea de evitar el “colapso judicial” es el que yo denominaría “necesidad de jurisprudencia”, que desarrollo en el siguiente capítulo. Todos aquellos litigios cuyo resultado no contribuya claramente a la formación de jurisprudencia se considera que solo son relevantes para las partes enfrentadas y, en consecuencia, el hecho de que lo resuelva un tribunal de justicia estatal no genera ninguna “externalidad positiva”.

#### i) El arbitraje en los casos de “autotutela abusiva”

En el capítulo III.2 me he ocupado de la teoría que defienden Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández respecto a los supuestos de “autotutela abusiva”. Si se acepta el esquema que plantean estos autores, el arbitraje debería permitirse en los conflictos en los que la autotutela es “abusiva”. De acuerdo con esta perspectiva, estos supuestos, en los que la Administración interviene con sus poderes de autotutela, en realidad deberían (o, al menos, podrían) ser resueltos por un juez civil, por tratarse en realidad de una situación que puede ser entendida como “heterotutela”.

Así pues, partiendo de la premisa de que en realidad estos conflictos deberían pertenecer al ámbito civil y no al administrativo, podría argumentarse que en estos supuestos debe admitirse el arbitraje. Se trataría de un criterio de arbitrabilidad basado en la distinción entre intereses particulares o privados e intereses públicos.

Sin embargo, este criterio no resultaría adecuado para delimitar el ámbito de acción del arbitraje. En mi opinión, la idea de la autotutela abusiva puede ser explicativa, pero siempre que se entienda que parte de la distinción entre interés público y privado, relativa por definición, y que en cualquier caso, es de grado y no absoluta. Puede considerarse que la sociedad manifiesta mayor o menor “interés público” en los supuestos concretos, pero no puede trazarse una línea nítida entre ambos supuestos. Una concepción unitaria del ordenamiento jurídico, como la que he defendido al principio de esta tesis, implica reconocer que el interés público está reflejado en todas las normas jurídicas, y que incluso los intereses “privados” o “particulares” son intereses reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, porque se ha considerado que hacerlo es de interés público. En efecto, se ha

acordado reconocer su tutela jurídica a través de una decisión colectiva en forma de ley. Por tanto, sobre esta premisa, los casos considerados como heterotutela a menudo pueden ser reconducidos a una autotutela administrativa legítima.

En el ejemplo de la planta de la vivienda construida ilegalmente, se puede argumentar que sí hay un interés o bien público en juego, el del cumplimiento efectivo de la normativa urbanística, o el de la preservación del paisaje urbano. En el supuesto del campo de golf con un aprovechamiento ilegal de aguas, se puede argüir que la disminución del caudal del río, no solo afecta a las actividades agropecuarias vecinas, sino a todo el medio ambiente, puesto que comporta que no se llegue al caudal mínimo del río que permite preservar el ecosistema.

En definitiva, creo que debe descartarse un criterio de arbitrabilidad que se base en admitir el arbitraje en las controversias en las que la autotutela administrativa es “abusiva” por tratarse en realidad de situaciones de heterotutela y, en paralelo, prohibirlo en los conflictos en los que la autotutela administrativa es “legítima”. Como he dicho antes, parto de una concepción unitaria del ordenamiento jurídico como la que defiendo, que reconoce que, en última instancia, no es posible desconectar intereses “privados” y “públicos”. Desde esta perspectiva, no resulta adecuado basar la posibilidad o imposibilidad de utilizar el arbitraje en distinciones que, en el mejor de los casos, son de grado y no absolutas.

#### j) El planteamiento casuístico

Finalmente debe aludirse a una posición, defendida por Roberto O. Bustillo Bolado, que se basa en la renuncia a intentar fijar un criterio de arbitrabilidad en el ámbito del derecho administrativo. Se considera que se deberá atender a lo que determine la jurisprudencia, caso a caso, a partir de las sentencias que resuelvan las acciones de nulidad que se planteen contra los laudos arbitrales.

Hay que reconocer que la jurisprudencia siempre tendrá un papel importante a la hora de delimitar la arbitrabilidad. Si bien defendemos que convendría que fuera el legislador quien formulara una primera delimitación de la arbitrabilidad pública, efectivamente la jurisprudencia concretará estos límites a través, por ejemplo, del conocimiento de acciones de nulidad contra laudos dictados en un arbitraje público.

Sin embargo, la posición de Bustillo Bolado me parece excesivamente “nihilista”. En primer lugar, incluso aceptando la propuesta de este autor, habría que ofrecer algún criterio al juez, algún punto de partida, algo a lo que renuncia este planteamiento. En segundo lugar, y a pesar de compartir el pragmatismo de su punto de vista, que tiene presente que al final todo criterio legal o doctrinal será aplicado por jueces y serán estos quienes determinen su alcance real, creo que el legislador debe intervenir en primera instancia, tal y como desarrollaré en el siguiente capítulo..

### 3. Criterios de arbitrabilidad en el derecho positivo

Como acabamos de ver, la arbitrabilidad constituye el aspecto del arbitraje del sector público en el que ha habido mayor diversidad de opiniones doctrinales. Seguramente, la gran confusión conceptual que ha reinado en este ámbito ha contribuido a ello, generada en gran parte por un legislador no solo “tímido”, sino también errático. A pesar de este rumbo incierto, algunas de las previsiones del derecho positivo pueden ser interpretadas como delimitaciones de arbitrabilidad.

A continuación trataré algunas previsiones de la legislación de contratación pública y de la legislación presupuestaria que hacen referencia al ámbito en el que resulta admisible arbitraje. Estos preceptos expresan diversos criterios de arbitrabilidad, relacionados con el tipo de entidad pública, la fase del contrato en la que surge la controversia, el carácter internacional del contrato o el margen de poder de negociación en el mercado de la deuda pública.

#### a) Limitación según el tipo de entidad pública y según la fase contractual (legislación de contratación pública)

En la legislación vigente sobre contratación pública, la única mención del arbitraje se contiene en la regulación de los contratos en el extranjero, como veremos en el siguiente epígrafe. Se trata, concretamente, de la disposición adicional primera, apartado 3, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 (en adelante, LSCP 2017)<sup>491</sup>.

Actualmente esta es la única referencia al arbitraje contenida en la ley de contratos del sector público, pero durante más de diez años estuvo en vigor un precepto que abría la posibilidad de utilizar el arbitraje en relación con ciertos tipos de controversias. Se trataba del artículo 39 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2007), dedicado al “arbitraje”. Posteriormente, el artículo pasó a tener el número 320, en virtud de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Poco después, el precepto se transpuso sin modificaciones al artículo 50 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP 2011). El tenor literal de este precepto era el siguiente:

#### **Artículo 50. Arbitraje.**

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

---

<sup>491</sup> Sobre la evolución de la legislación de contratos públicos española, ver, entre otros, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:744-47.

Aunque el artículo ya no esté en vigor, es interesante analizarlo, dado que constituye una de las previsiones legales que más claramente ha reconocido la posibilidad de utilizar el arbitraje en el sector público, además de reflejar la concepción de la arbitrabilidad que ha adoptado el legislador en relación con el ámbito de la contratación pública. Precisamente en este campo es donde parece que existe mayor consenso doctrinal respecto a la posibilidad de implantar el arbitraje. No obstante, antes de pasar al análisis del artículo 39 LCSP 2007, y a intentar explicar la razón de su supresión en la LCSP vigente, conviene relacionar sus antecedentes más inmediatos.

El artículo 12 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, contenía una prohibición de arbitraje explícita en relación con los “litigios derivados de contratos en que sean parte las corporaciones locales”. Según su apartado 2º, todo convenio o laudo arbitral en este ámbito sería nulo<sup>492</sup>.

La STS de 11 de marzo de 1980 (Sala de lo Contencioso-administrativo)<sup>493</sup> es un ejemplo de aplicación de esta prohibición. En este supuesto, el Tribunal no solo consideró que debía aplicar la prohibición del Reglamento de 1953 citado, sino que también señaló que la cláusula arbitral resultaba ineficaz por otra razón: “la materia de competencia es de orden público y no puede ser alterada por la voluntad de las partes salvo en aquellos casos permitidos por la Ley y también conforme con unánime doctrina jurisprudencial”.

La idea de que el arbitraje significa “alterar” una materia de orden público está relacionada con la antigua concepción, ya superada, de que el arbitraje es incompatible con la aplicación de normas imperativas. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, el arbitraje es una institución muy diferente de la transacción, puesto que consiste en que un tercero imparcial se pronuncie sobre el fondo del conflicto a partir del derecho aplicable, todo lo contrario que la transacción, que tiene como objetivo evitar este pronunciamiento.

Posteriormente, surgieron voces, no solo en la doctrina, que abogaban por la utilización del arbitraje en el campo de la contratación pública. Durante la tramitación en el Congreso de los Diputados del proyecto de la Ley de arbitraje de 1988, el grupo parlamentario Coalición popular presentó una enmienda, la nº 209, que hacía referencia al arbitraje. En ella se proponía, entre otros aspectos, incluir una referencia a la posibilidad de que los arbitrajes pudieran ser administrados por corporaciones de Derecho público. En la justificación de esta enmienda, se afirma que “se introduce el concepto genérico de entidad de derecho público, por si en el futuro, como posibilita la legislación vigente y recomienda la práctica comparada

---

<sup>492</sup> Según Huergo Lora, la primera prohibición absoluta de arbitraje en materia de contratación administrativa se encuentra en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, cuyo artículo 12 establecía que “ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso-administrativa que señalan las leyes vigentes”, Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 151, nota 280.

<sup>493</sup> Roj: STS 1900/1980.

y la más autorizada doctrina, se prevén entidades arbitrales en el campo de la contratación administrativa<sup>494</sup>.

La enmienda no prosperó, pero siete años más tarde, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP 1995) previó, 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”. Así pues, la ley se limitaba a confirmar que en el ámbito de la contratación pública la regulación de la LGP resultaba aplicable. Resulta interesante que, en su monografía, Alejandro Huergo Lora interpreta que el artículo 61.2 LCAP 1995 solo autorizaba someter a arbitraje las cuestiones relativas al cumplimiento, modificación o extinción de los contratos<sup>495</sup>, una conclusión que parece que se trasladó prácticamente en los mismos términos en el artículo 39 LCSP 2007.

Por su parte, la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo rechazó, en 1998, la posibilidad de someter a arbitraje controversias derivadas de un contrato calificado de administrativo (en el caso concreto, se trataba de un contrato de compraventa que celebró una entidad local en relación con unos inmuebles destinados al servicio municipal de abastecimiento y depuración de aguas)<sup>496</sup>.

Con estos precedentes, se llega al artículo 39 LCSP 2007, que, como hemos visto, reconoce explícitamente que, dentro de cierto ámbito de la contratación pública, se puede acudir al arbitraje. Se trata concretamente de los conflictos que surgen alrededor de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebran las entidades “no administrativas” del sector público. Es decir, aquellos entes, organismos y entidades que no son Administraciones Públicas a efectos de la legislación de contratos públicos, pueden someter este tipo de controversias a un arbitraje, que deberá regirse por la LArb 2003.

Deben realizarse tres observaciones respecto a este artículo. En primer lugar, se establece una regla de arbitrabilidad a partir de un aspecto subjetivo: que la entidad pública en cuestión no tenga la consideración de administración pública a efectos de la legislación de contratos. En segundo lugar, el ámbito de controversias en las que se admite el arbitraje coincide con el ámbito que es competencia de la jurisdicción civil. En tercer lugar, los estrictos requisitos procedimentales que prevé la legislación presupuestaria no eran aplicables a los arbitrajes a los que se refería este artículo. Por último y cuarto lugar, al arbitraje al que se refería el

---

<sup>494</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 17 de marzo de 1988.-Serie A. Núm. 69-5, 76.

<sup>495</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 150.

<sup>496</sup> STS de 23 de enero de 1998, Sala contencioso-administrativa, recurso núm. 5919/1991: “es preciso concluir en la inequívoca naturaleza administrativa del mismo y en la irrelevancia consiguiente de la cláusula de arbitraje privado, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, que la declara respecto de los contratos que trascienden el ámbito civil, al estar conectados directamente al desenvolvimiento regular de un servicio público”

precepto no le resultaban de aplicación los requisitos de la legislación presupuestaria en relación con la sumisión a arbitraje. Simplemente le resultaba aplicable la regulación del arbitraje prevista en la LArb 2003, que implícitamente se estimaba adecuada. A continuación trataré de examinar con mayor detalle estos aspectos.

En primer lugar, el ámbito *subjetivo* de la aclaración contenida en el artículo 39 LCSP 2007 es limitado. Las Administraciones públicas a efectos de la legislación de contratación pública quedan excluidas. Así pues, una entidad local como un Ayuntamiento, un organismo autónomo, como una Confederación Hidrográfica, o una Universidad Pública, no podrían acogerse a esta previsión. En cambio, una sociedad mercantil íntegramente pública o una entidad pública empresarial, como puede ser Renfe-Operadora, sí tendrían esta posibilidad.

Lo que se deduce de esta regulación es que el arbitraje no puede utilizarse cuando los litigios deben resolverse conforme al derecho administrativo. En efecto, tanto la LCSP 2007 como la vigente establecen que, por norma general, las entidades que tienen condición de administración pública a efectos de contratos se rigen, por norma general, por el Derecho administrativo. La práctica totalidad de contratos que celebren se clasificarán como administrativos. En cambio, el resto de entidades del sector público, tales como sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, etc., se rigen total o parcialmente por el derecho privado, y esta es la calificación que reciben los contratos que celebran. Como veremos más adelante, esta última consideración debe ser matizada de acuerdo con la nueva LCSP 2017, pero en la legislación anterior era el punto de partida.

La segunda observación es que el ámbito de aplicación objetivo del art. 39 LCSP 2007 coincide con el círculo de controversias sobre contratos públicos que la ley atribuía a la jurisdicción civil (este aspecto ha cambiado en la nueva LCSP 2017, como veremos más adelante). En efecto, el contrato en torno al cual surja la controversia arbitrable será siempre “privado” y nunca “administrativo”, dado que este último tipo de contratos solo los puede celebrar una Administración Pública a efectos de la LCSP 2007. Sin embargo, el artículo 50 TRLCSP no puede aplicarse a todo conflicto que se plantee en torno a un contrato celebrado por una entidad del sector público que no sea considerada Administración pública a efectos del TRLCSP. Por el contrario, sólo será posible arbitrar una controversia si esta gira en torno a los “efectos, cumplimiento y extinción” del contrato. En definitiva, el legislador solo permitía sustituir al juez civil. De acuerdo con la LCSP 2007 y su posterior texto refundido, los jueces civiles siempre eran los competentes para conocer conflictos en torno a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados<sup>497</sup>.

---

<sup>497</sup> De conformidad con la LCSP 2007, el orden de lo civil también era el competente para conocer litigios acerca de la preparación y adjudicación de ciertos contratos privados. Hay que advertir, sin embargo, que en el caso de que el contrato estuviera “sujeto a regulación armonizada” (es decir, superara el umbral de aplicación de las directivas europeas), el juez civil acabaría aplicando las mismas normas que el juez contencioso-administrativo.

La nueva LCSP ha introducido novedades precisamente en este aspecto. Con arreglo a la ley vigente, si la controversia gira en torno a la adjudicación de un contrato privado sujeto a regulación armonizada, la competencia es del orden contencioso-administrativo. De este modo, en la nueva LCSP 2017 se ha decidido

Esto ha cambiado con la nueva LCSP 2017. Una de sus novedades principales es que algunos de los aspectos del régimen de modificación de los contratos privados sujetos a regulación armonizada ahora también se rigen por las normas de la LCSP. En España, ha sido tradicional considerar que las normas provenientes del derecho de la Unión Europea sobre contratos del sector público pertenecen al ámbito del derecho administrativo. Así pues, si en la LCSP 2017 se hubiese mantenido un precepto equivalente al antiguo artículo 39 LCSP 2007 (art. 50 TRLCSP 2011), el legislador habría aceptado explícitamente la posibilidad de celebrar un arbitraje en el que se apliquen normas de derecho administrativo, concretamente las previsiones de la LCSP en materia de modificación de contratos.

Con todo, la redacción del artículo artículo 39 LCSP 2007 podría haber sido matizada, estableciendo una excepción a la regla general de arbitrabilidad de las controversias sobre efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados de ciertas entidades del sector público. El inciso añadido solo debería haber señalado que, cuando estas controversias versaran sobre modificación de contratos sujetos a regulación armonizada, entonces quedaba prohibido el arbitraje.

De hecho, en mi opinión, este precepto tenía una función de *aclaración*. La opinión mayoritaria en la doctrina y la poca jurisprudencia que se ha dictado en este ámbito<sup>498</sup> es que las controversias sometidas al derecho privado, como son las que mencionaba el art. 39 LCSP 2007, son arbitrables precisamente porque no se aplica el Derecho administrativo, de forma que un matiz como el que indicaba en el anterior párrafo resultaría coherente con las posiciones doctrinales mayoritarias.

El legislador no se decantó por la opción que he descrito, de conservar la regulación del art. 39 LCSP y añadir algún matiz, sino que decidió suprimirla. Desafortunadamente, no he podido encontrar ningún dato explicativo sobre esta supresión en los documentos relativos a la tramitación de la LCSP. Tanto el anteproyecto de ley como el proyecto de ley guardan silencio en relación con este tema; en el dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público<sup>499</sup> solo se constata que se ha eliminado este precepto, pero no se incluye ninguna consideración al respecto; y durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, la supresión del artículo no fue objeto de ningún comentario y no se presentó ninguna enmienda en el sentido de incorporar un equivalente al art. 50 TRLSCP. Para algunos autores, esta eliminación ha supuesto un “paso hacia atrás”<sup>500</sup>.

---

que todo el contenido de las Directivas de la UE en materia de contratación pública sea aplicado, por norma general, por los jueces contencioso-administrativos.

<sup>498</sup> Ver más adelante, STS *Hispano-Alemana de Construcciones*.

<sup>499</sup> Dictamen del Consejo de Estado, de 10 de marzo de 2016, (Nº de expediente: 1116/2015).

<sup>500</sup> Álvaro Canales Gil y Justo Alberto Huerta Barajas consideran que la eliminación del antiguo artículo 50 TRLCSP implica “una vuelta a la línea de nuestra tradición histórica contractual pública de no facilitar estas prácticas, salvo en supuestos muy excepcionales relacionados con la contratación en el exterior en los que se recogen la posibilidad de someter a arbitraje las controversias suscitadas con los operadores privados en la

La tercera observación es que los estrictos requisitos procedimentales que establecen la LGP y la LPAP para este tipo de casos<sup>501</sup> no eran aplicables. En efecto, la LGP y las leyes con contenido equivalente solo exigen la autorización del Consejo de Ministros, Consejo de gobierno autonómico o Pleno municipal cuando se trate de derechos que sean de titularidad de estas Administraciones, no de sus entidades del sector público. Como las entidades del sector público que podían acudir al arbitraje al que se refería el antiguo art. 39 LCSP 2007 eran precisamente las que no son consideradas Administración pública, el artículo 7.3 LGP y equivalentes no les resultaba aplicable.

La cuarta observación es que el legislador entendía que la regulación contenida en la LArb 2003 era perfectamente compatible con el hecho de que las controversias a las que se refería el art. 39 LCSP 2007 surgieran dentro del sector público. Esta consideración implícita es coherente con la visión general que se deduce de muchas aportaciones doctrinales, para las que la institución arbitral no presenta ningún problema si el conflicto se rige por el derecho privado. Precisamente en este sentido se pronunció el Tribunal Supremo cuando se enfrentó a un laudo arbitral en el que era parte una sociedad mercantil pública. En la STS *Hispano-Alemana de Construcciones*<sup>502</sup>, ya comentada anteriormente, se consideró que las sociedades mercantiles públicas pueden someter a arbitraje las controversias que surgen de su actividad “mercantil”, sometida al derecho privado.

Pues bien, en mi opinión, el criterio de arbitrabilidad que expresaba el art. 39 LCSP 2007 no era adecuado, dado que no era más que una aplicación específica del criterio que he comentado antes, que equipara arbitrabilidad con actuación de derecho privado. El hecho de que un determinado contrato haya sido adjudicado por una entidad pública empresarial, por ejemplo, en vez de una Administración pública, se debe a menudo a una decisión pragmática de la Administración territorial de la que depende la entidad, y no a consideraciones de carácter ontológico. Como señalan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, un rasgo capital de estas entidades es su artificiosidad: “son creadas y extinguidas en virtud de simples decisiones de la voluntad estatal o autonómica (y paralelamente de los entes locales)<sup>503</sup>”. Siendo esto así, el criterio de arbitrabilidad basado el hecho de que se trate o no de una Administración pública en sentido estricto no parece sólido y, como mínimo, no

---

ejecución o extinción de los contratos públicos. Este hecho supone ir contra prácticas cada vez más asentadas en las relaciones jurídico-privadas empresariales de la utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos. Esta excepción supone un paso hacia atrás”, Álvaro Canales Gil y Justo Alberto Huerta Barajas, *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del sector público* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018).

<sup>501</sup> Como explicaré más adelante, la LGP y leyes equivalentes exigen un real decreto del Consejo de Ministros, Consejo de gobierno autonómico o Pleno municipal para autorizar un arbitraje.

<sup>502</sup> STS 9215/1987 (Sala de lo Civil), de 6 de marzo de 1987.

<sup>503</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:440.

demuestra que existan razones ontológicas para permitir el arbitraje solo en este ámbito concreto.

De hecho, si se “levanta el velo” de estas entidades, lo que se descubre es que la Administración pública matriz indirectamente se está sometiendo a arbitraje. La interposición de una persona jurídica “instrumental<sup>504</sup>”, ya sea categorizada como de derecho público (entidad pública empresarial) o privado (sociedad mercantil estatal), no impide entrever la realidad: se está ante un auténtico arbitraje público.

#### b) Elemento de internacionalidad en los contratos públicos

La disposición adicional primera, apartado 3º de la LCSP 2017 (DA 1.3 LCSP 2017) establece, concretamente, que, en los contratos formalizados y celebrados en el extranjero con una empresa extranjera (por ejemplo, el suministro de material informático de una embajada), se “procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje”. Sin embargo, justo después, este precepto dispone que “igualmente se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles”. Hay que observar que esta referencia al arbitraje se limita a la contratación en el extranjero con empresas extranjeras, puesto que, según el apartado 2º de la misma disposición adicional, se obliga a que los contratos con empresas españolas incluyan cláusulas de sumisión a los tribunales españoles. De esta regulación me interesa destacar diversos aspectos:

En primer término, la DA 1.3 LCSP 2017 no distingue entre Administraciones públicas en sentido estricto y otras entidades del sector público, como sí hacía el extinto art. 39 LCSP 2007. De este modo, el ámbito de supuestos a los que se refiere esta previsión es más amplio que el del precepto derogado que he comentado antes. Además, se excepciona la regla general implícita en la contratación “no internacional”, de que solo se admite el arbitraje en cuestiones sometidas derecho privado. En efecto, si el contrato lo adjudica el Servicio Exterior de la Administración General del Estado, probablemente se tratará de un contrato administrativo, no privado.

En segundo término, también destaca el hecho de que la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero con empresas extranjeras no requiere la autorización del Consejo de Ministros o del órgano equivalente en las Comunidades Autónomas o las entidades locales. Esto resulta especialmente relevante porque la transacción en relación con este tipo de contratos sí requerirá la autorización de los referidos órganos. En definitiva, en estos casos el arbitraje recibe un trato procedimental más favorable que el de la transacción, a diferencia de lo que se prevé en la LGP y LPAP.

En tercer término, el precepto que nos ocupa constituye sin duda una de las “normas específicas” a las que se refiere el artículo 41.5 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción

---

<sup>504</sup> Ibid.

y del Servicio Exterior del Estado. De acuerdo con esta previsión, podrán establecerse normas específicas para el Servicio Exterior del Estado en diversas materias, como la contratación pública, “la gestión de personal, administración y gestión económica, seguridad de la información, defensa en juicio del Estado en el exterior cualesquiera otras que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones”. Según el mismo precepto, estas reglas específicas podrán establecerse en atención “a las peculiaridades del ámbito internacional en que desarrolla principalmente sus actividades” el Servicio Exterior.

En mi opinión, esta regulación podría ser cuestionada desde el punto de vista de la coherencia y la aplicación del principio de no discriminación. Si los pliegos contractuales se formalizan antes de conocer la nacionalidad del adjudicatario, ¿qué sentido tiene distinguir entre nacionalidades para incluir o no cláusulas arbitrales? Por otro lado, ¿qué justificación puede recibir este trato distinto entre empresas nacionales y extranjeras? Quizá la justificación, no explicitada, es que, en el exterior, el Estado no tiene el mismo poder de negociación que en su propio territorio, igual que sucede en el campo de la deuda pública, tal y como veremos en el siguiente epígrafe.

A continuación recojo diversos supuestos prácticos de contratación en el sector público, en los que se han previsto cláusulas arbitrales.

A veces la inclusión de una cláusula arbitral en materia de contratos públicos se debe a un tratado internacional, como sucede en el “Acuerdo de Madrid” de 1995, relativo a la sección ferroviaria internacional Figueres-Perpiñán<sup>505</sup>. Posteriormente, el tratado fue desarrollado por un convenio del año 2016<sup>506</sup>. El artículo 10 del Acuerdo de Madrid regula el procedimiento arbitral que se puede abrir para resolver tanto las “diferencias entre los dos Estados relativas a la interpretación y aplicación del Acuerdo” (art. 10.1.a) como las “las diferencias entre los Gobiernos y el Concesionario relativas a la Concesión (art. 10.1.b).

Resulta destacable que este tratado internacional no solo prevé el arbitraje como institución para resolver los posibles conflictos entre los dos Estados parte, sino que también lo contempla para las controversias con el titular de la concesión del túnel ferroviario cuya construcción y gestión motiva la firma del tratado. En efecto, el artículo 30 del Convenio de 2016, desarrolla estas previsiones respecto al arbitraje con el concesionario, detallando todo el procedimiento, en el que incluso se prevé una especie de “vía administrativa previa” en el apartado segundo.

---

<sup>505</sup> Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa para la construcción y explotación de la sección internacional de una línea ferroviaria de alta velocidad entre España y Francia (vertiente mediterránea), hecho en Madrid el 10 de octubre de 1995 (BOE núm. 25, de 29 de enero de 1998).

<sup>506</sup> Convenio para la explotación y mantenimiento de la sección internacional de una línea ferroviaria de alta velocidad entre Perpiñán y Figueres, hecho en París el 19 de diciembre de 2016 (BOE núm. 307, de 21 de diciembre de 2016).

Uno de los supuestos más conocidos es el relativo a la adquisición por parte del Estado de la colección de obras pictóricas Thyssen-Bornemisza<sup>507</sup>. En primer lugar, el Gobierno aprobó un real decreto por el que se autorizaba incluir cláusulas arbitrales en el contrato de préstamo de dicha colección con la entidad de la familia Thyssen-Bornemisza que era titular formal de las obras, *Favorita Trustees Limited*<sup>508</sup>. Esta entidad había puesto como condición que el contrato se sujetara al derecho inglés y que, en caso de que surgiera un conflicto, este se dirimiera mediante un arbitraje. La inclusión de esta cláusula cumplió con el requisito establecido por el precepto equivalente al actual art. 7.3 LGP, puesto que se aprobó mediante Real decreto del Consejo de Ministros, con el pronunciamiento previo del Consejo de Estado.

Después de este contrato de préstamo, la familia Thyssen se puso de acuerdo con el Gobierno español para que la colección se estableciera definitivamente en España y se celebró un contrato de compraventa. Para acelerar su tramitación, el Gobierno aprobó un real decreto-ley<sup>509</sup>. Durante la convalidación del mismo en la Diputación permanente del Congreso de los Diputados algunos parlamentarios expresaron sus dudas sobre la legalidad y conveniencia de someter el contrato a derecho inglés, pero finalmente la convalidación se aprobó con una amplia mayoría<sup>510</sup>.

Como se puede comprobar, la sumisión a arbitraje parece muy conectada con el hecho de que el derecho aplicable a los contratos objeto del Real Decreto era un derecho extranjero cuya aplicación, en caso de controversia, correría a cargo de un tribunal arbitral con sede en el extranjero.

Sin embargo, interesa destacar que en el artículo 20.b) de los estatutos vigentes de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza F.S.P., que es la entidad del sector público que se creó para cerrar la operación, se atribuye al patronato la competencia de “ostentar la representación de la Fundación en toda clase de relaciones, actos y contratos” ante, entre otras instancias, “Tribunales supranacionales, internos, Tribunales arbitrales (tanto

---

<sup>507</sup> Para un relato de como se llevó a cabo compleja operación, ver el capítulo “La adquisición de la colección Thyssen-Bornemisza” de la obra de Mercedes Cabrera, *El arte del derecho: una biografía de Rodrigo Uría Meruéndano* (Barcelona, 2019), 165-80.

<sup>508</sup> Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, por el que se autoriza el sometimiento a legislación extranjera y a arbitraje internacional de los contratos relativos a la colección Thyssen-Bornemisza (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1988)

<sup>509</sup> Real Decreto-ley 11/1993, de 18 de junio, sobre medidas reguladoras del contrato de adquisición de la colección Thyssen-Bornemisza.

<sup>510</sup> Ver Andrés Fernández Rubio, ‘El Congreso aprueba la compra de la colección Thyssen tras un duro debate’ *El País* (Madrid, 24 de junio 1993) [https://elpais.com/diario/1993/06/24/cultura/740872811\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1993/06/24/cultura/740872811_850215.html), consultado el 3 de noviembre de 2019.

institucionales como establecidos contractualmente por la Fundación)<sup>511</sup>”. Así pues, en los estatutos de esta fundación del sector público se admite la posibilidad de que la entidad sea parte en un arbitraje interno.

Otro ejemplo de cláusula arbitral es la que se preveía incluir en un contrato entre el Reino de España y el Reino de Qatar para la adquisición de aviones militares. El Ministerio de Defensa solicitó dictamen al Consejo de Estado en aplicación del art. 39 TRLGP 1988, equivalente al actual artículo 7.3 LGP, y este lo emitió con carácter favorable a dicha cláusula<sup>512</sup>.

¿A qué responde la aceptación del arbitraje en el ámbito de los contratos del sector público que presentan elementos de internacionalidad? Seguramente en estos supuestos el legislador simplemente reconoce el menor poder de negociación que tiene el poder público en el ámbito internacional y acepta el arbitraje en la medida en que es una de las figuras habituales de resolución de conflictos en el comercio internacional.

### c) La participación del Estado en los mercados financieros internacionales

La legislación sobre deuda pública contiene previsiones que parecen responder a la misma circunstancia que acabo de señalar: el menor poder de negociación que tiene el Estado en el ámbito comercial internacional. En este caso, se trata concretamente el del mercado de la deuda pública.

En este sentido se ha pronunciado Huergo Lora, quien entiende que la razón de ser de la “norma de excepción” que establecía el antiguo artículo 104.7 LGP, cuyo equivalente funcional es el actual art. 98 LGP (que comentaré a continuación), se encuentra en una constatación pragmática: el escaso poder de negociación que tiene el Estado en estos mercados<sup>513</sup>. El citado autor vincula esta norma con el hecho de que el art. 3.1.k) LCAP 1995 excluyera de su ámbito de aplicación “los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios

---

<sup>511</sup> El texto consolidado de los estatutos de la fundación, con fecha 25 de septiembre de 2017, puede consultarse en <https://www.museothyssen.org/transparencia/mision-valores-normativa/legal> (consultado el 3 de noviembre de 2019).

<sup>512</sup> Dictamen de 21 de julio de 1994 (nº de expediente 1338/1994), citado en Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 78.

<sup>513</sup> En sentido similar, Pérez Moreno, «El arbitraje administrativo», 298.

prestados por el Banco de España”<sup>514</sup>, precepto que encuentra su equivalente en el artículo 10 de la LCSP 2017<sup>515</sup>.

La LGP prevé en su artículo 98.3 la posibilidad de someter a arbitraje las operaciones relativas a la deuda del Estado. Literalmente dispone lo siguiente:

**Artículo 98. Competencia para la formalización de las operaciones relativas a la Deuda.**

3. Las operaciones relativas a la Deuda del Estado se realizarán en los mercados financieros conforme a las normas, reglas, técnicas, condiciones y cláusulas usuales en tales mercados, pudiendo acordar el sometimiento a arbitraje o la remisión a una legislación o tribunales extranjeros, siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 23 de esta ley<sup>516</sup>. (...)

En desarrollo del artículo 98 LGP, cada año se aprueban autorizaciones como la contenida en el artículo 20 de la Orden ECE/27/2019, de 21 de enero, por la que se dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2019 y enero de 2020 y se autorizan las operaciones de gestión de tesorería del Estado:

**Artículo 20. Otras autorizaciones.**

Se autoriza a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional a negociar y formalizar los contratos pertinentes con las entidades mencionadas en los artículos 5 y 19, pudiendo acordar el sometimiento a arbitraje o la remisión a una legislación o tribunales extranjeros, de acuerdo con las reglas y cláusulas usuales en los mercados financieros, siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

Por otra parte, el artículo 116 LGP prevé la posibilidad de que, previos los trámites correspondientes, los avales otorgados por la Administración General del Estado contengan “cláusulas que resulten usuales en los mercados financieros”. El precepto especifica que,

---

<sup>514</sup> “[L]a razón de esta norma de excepción se encuentra seguramente, al igual que en la exclusión de los contratos sobre valores del ámbito de aplicación de la LCAP, en el hecho de que estas operaciones se celebran en unos mercados muy característicos, en el extranjero, que no van a alterar su modo de funcionamiento para adaptarse a los procedimientos y trámites de la contratación administrativa. Si el arbitraje es usual en ese ámbito, la Administración tiene también que recurrir a él si no quiere quedar excluida o pagar un sobreprecio por sus especialidades. Por otro lado, contratar en las condiciones usuales es ya una garantía suficiente de que se está tutelando el interés público” Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 151, nota 281.

<sup>515</sup> “**Artículo 10. Negocios y contratos excluidos en el ámbito financiero.**

Están excluidos del ámbito de la presente Ley los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros en el sentido de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE, del Consejo y la Directiva 2000/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE, del Consejo. Asimismo quedan excluidos los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad y los contratos de préstamo y operaciones de tesorería, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros”.

<sup>516</sup> El artículo 23 de esta ley regula las condiciones que deben concurrir para que se aplique principio de inembargabilidad sobre bienes y derechos patrimoniales.

particularmente, se podrá acordar, por un lado, “la renuncia al beneficio de excusión que establece el artículo 1830 del Código Civil” y, por el otro, “el sometimiento a arbitraje o la remisión a una legislación o tribunales extranjeros”.

Este tipo de cláusulas, sin embargo, solo podrán incluirse “excepcionalmente”, y “siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 23 de esta ley”, que es el precepto relativo a los privilegios de la Hacienda pública, como el de inembargabilidad. Además, según este precepto, el aval debe ser acordado por el Ministerio de Economía, dentro de los límites “que puedan haberse establecido en la preceptiva autorización del Consejo de Ministros o de la correspondiente ley”. Así pues, a diferencia de lo que ocurre en el mercado de la deuda pública, en estos supuestos se establece un requisito equivalente al del artículo 7.3 LGP, dado que exige la intervención del Consejo de Ministros.

La conclusión que puede extraerse de estos preceptos es que, en el ámbito de la deuda pública, el Estado ha tenido que superar sus recelos respecto al arbitraje porque no tenía otra opción. No creo, pues, que pueda identificarse un auténtico criterio de arbitrabilidad detrás de esta regulación, en el sentido de que la admisión del arbitraje en estos supuestos responde a una decisión impuesta más que a una convicción del legislador.

#### **4. Conclusión**

En definitiva, los criterios que la doctrina ha seguido a la hora de afrontar la tarea de delimitar el ámbito de acción del arbitraje en el sector público no me parecen adecuados, por las razones que he expuesto en cada uno de los epígrafes. En general, en ellos pueden detectarse contradicciones internas, premisas no válidas, así como “automatismos” sin justificación. En cambio, en algunas de las escasas previsiones sobre arbitrabilidad en el derecho positivo, se puede apreciar un enfoque más pragmático, que consiste en autorizar el arbitraje explícitamente en sectores concretos del ordenamiento, en una línea parecida a la que defenderé en el siguiente capítulo. Con todo, estos preceptos son testimoniales. Por todo ello, me parece que es necesario replantear la cuestión de la arbitrabilidad en el sector público de una forma más sistemática y desde una nueva perspectiva, que ponga el acento en el papel del legislador, que es quien mejor puede apreciar las razones de oportunidad que inspiran todo criterio de arbitrabilidad.

## VII. LA ARBITRABILIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO (II)

En este segundo capítulo sobre la arbitrabilidad en el sector público formulo mi propuesta sobre la cuestión. En primer lugar, expongo en qué consiste el cambio de perspectiva que debe adoptarse. En segundo lugar, presento una idea clave en esta nueva perspectiva: la ley como la “puerta de entrada” al arbitraje. Considero necesario que el legislador, y no la jurisprudencia, sea el actor principal en la tarea de delimitar el ámbito de acción del arbitraje en el sector público. Seguidamente, en los epígrafes 3, 4 y 5 sugiero tres criterios para orientar al legislador en esta tarea: la afectación a terceros, la necesidad de precedente y el mayor grado de rendición de cuentas que exigen ciertos asuntos.

### 1. Un cambio de perspectiva

A la hora de afrontar la arbitrabilidad en el sector público, debe adoptarse un cambio de perspectiva en varios aspectos. En primer lugar, hay que partir del concepto de arbitraje público, que he explicado en el primer capítulo. De este modo, no se deja de lado la cuestión de si resulta adecuado utilizar el arbitraje en las controversias del sector público que deben resolverse con arreglo al derecho privado.

En segundo lugar, debe prestarse mayor atención al proceso judicial al que sustituye el arbitraje. Habitualmente, los autores indican qué ámbitos de la actividad administrativa serían aptos, en su opinión, para la utilización del arbitraje. Como hemos visto en el capítulo anterior, muchos de ellos han intentado delimitar la arbitrabilidad en el derecho administrativo a partir de diferentes clasificaciones de la actividad administrativa (potestad discrecional o reglada, actividad unilateral o bilateral de la Administración, etc.).

Tal y como señala Roberto Bustillo Bolado, estas propuestas se basan en un planteamiento inapropiado<sup>517</sup>, pues el debate no versa sobre la posibilidad de sustituir la Administración, como ocurre cuando se examina la capacidad de un particular para gestionar un servicio público, sino que trata sobre la cuestión de si se puede sustituir la jurisdicción cuando esta controla la actividad administrativa.

Comparto la crítica de Bustillo hacia los análisis que se centran exclusivamente en la actividad administrativa y no tienen en cuenta la función jurisdiccional a la que sustituye el arbitraje<sup>518</sup>. Sin embargo, no creo que la solución sea desplazar el foco de atención a la jurisdicción y olvidarse de la actividad administrativa, sino que deben tenerse en cuenta ambas fases. En

---

<sup>517</sup> *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 468.

<sup>518</sup> Trayter tiene un concepto de arbitrabilidad totalmente basado en la caracterización de la actividad administrativa impugnada –concretamente, esta debe ser bilateral y solo será arbitrable en relación con los aspectos discrecionales–, pero llega a firmar que no existirá problema alguno en que los árbitros realicen “la misma función que los jueces en la jurisdicción contenciosa”, Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 104.

efecto, el papel que desempeñan los tribunales de justicia que controlan la actividad administrativa tiene mucho que ver con el tipo de actividad administrativa enjuiciada. Esto sucede, por ejemplo, a la hora de examinar si la actitud de los tribunales es más o menos deferente hacia los elementos discrecionales de las decisiones de Administración. Así pues, al fijarnos en la actividad jurisdiccional sustituida, también repararemos necesariamente en la naturaleza de la fase administrativa previa. En definitiva, el estudio de la arbitrabilidad en el sector público debe partir de una perspectiva unitaria de la fase administrativa y judicial, dado que ambos estadios están inextricablemente unidos.

Por último, creo que las diferentes propuestas doctrinales han pecado de ambición al suponer que un debate doctrinal puede llegar a conclusiones definitivas respecto a qué es apto para el arbitraje. Una de las intenciones de mi propuesta de arbitrabilidad pública es separarme de este enfoque doctrinal, que considero poco riguroso y que no tiene en cuenta el reparto de papeles entre los diferentes agentes del derecho. En mi opinión, el protagonista debe ser el legislador, y la doctrina y la jurisprudencia, los personajes secundarios, no a la inversa. En consecuencia, los criterios orientativos que presentaré, son pautas indicativas y no deberían interpretarse en ningún caso como el intento de revelar una verdad escondida. Mi objetivo es intentar ayudar a abordar la cuestión, ofreciendo un punto de apoyo, pero siempre desde el reconocimiento de que la decisión de abrir la puerta al arbitraje corresponde al parlamento, en ejercicio de su función de representación de la comunidad política.

## **2. La ley como puerta de entrada al arbitraje: la autorización legislativa por materias**

Como hemos visto antes, algunos autores consideran que el arbitraje público solo podrá implantarse si se aprueba previamente una ley general de arbitraje público. En cualquier caso, creo que aprobar una ley general de arbitraje público es la medida más adecuada para despejar los recelos y dudas que rodean esta figura.

En este apartado abordo un tema distinto. Me pregunto si resulta necesario que, en paralelo a regulación general del arbitraje público, una previsión legislativa estipule si un determinado tipo de controversias es arbitrable. Imaginemos, por ejemplo, que, al margen de la ley general de arbitraje pública, una ley urbanística autonómica autoriza el uso del arbitraje en los conflictos relacionados con la gestión urbanística. O que la legislación de contratos del sector público, como hacía el artículo 39 LCSP 2007, contempla la arbitrabilidad de cierto tipo de controversias, en torno a la ejecución, cumplimiento y extinción de contratos públicos.

Antes de examinar esta cuestión, me gustaría repasar las distintas perspectivas doctrinales que se han utilizado para determinar las “materias disponibles” en derecho administrativo. Marta García Pérez ha elaborado una categorización de estos criterios, en los que se pueden distinguir tres grandes tendencias<sup>519</sup>:

---

<sup>519</sup> García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 45.

- a) La que intenta hallar un criterio general para definir “el ámbito de acción de la Administración Pública en el que puede utilizarse la técnica arbitral”. Como ejemplos cita a autores como López Menudo y Tornos Mas.
- b) La “pragmática”, que renuncia a encontrar un criterio general y opta por “determinar qué ámbitos concretos de la actuación administrativa son susceptibles de arbitraje”. Aquí incluye a Pérez Moreno.
- c) La que podríamos denominar “pasiva”, que renuncia conscientemente a delimitar el ámbito material del arbitraje y acepta remitirse al criterio tradicional de la disponibilidad que prevé la LA 2003. Jueces y tribunales acabarían delimitando qué significa este concepto en derecho administrativo al enfrentarse a las eventuales acciones de anulación contra los laudos. Esta opción cuenta con el precedente de la regulación de la terminación convencional de los procedimientos administrativos<sup>520</sup>.

En mi opinión, la mejor manera de delimitar la arbitrabilidad en el sector público pasa por que el legislador determine de manera expresa qué ámbitos del sector público son aptos para el arbitraje. De este modo, coincido en algunos aspectos de las tres tendencias apuntadas.

Por un lado, estoy de acuerdo con la posición “pragmática”, en la medida en que creo que es el legislador quien debe “abrir la puerta” al arbitraje público en aquellas materias que considere conveniente. Ahora bien, esta decisión del legislador se orientará sobre unos criterios generales, que son los que sugiero al final de este capítulo. Así pues, comparto el punto de vista recogido en primer lugar por García Pérez: considero que deben hallarse ciertos “criterios generales”, pero solo como criterios orientativos de la decisión última que debe tomar el legislador. Por último, también coincido con la tercera tendencia apuntada, pues considero que jueces y tribunales acabarán teniendo un papel relevante en la delimitación de qué es arbitrable y qué no. Las previsiones del legislador que “abran la puerta” al arbitraje presentarán, inevitablemente, la vaguedad y ambigüedad que es propia de todo el lenguaje jurídico, por lo que la jurisprudencia también tendrá un papel importante. Sin embargo, no creo que deba ser el principal.

Hecha esta contextualización, es el momento de formular la propuesta. El punto de partida es la redacción del actual artículo 112.2 LPAC 2015 (art. 117.2 de la antigua LRJPAC), que abre la posibilidad de que otras leyes establezcan mecanismos sustitutorios del recurso ordinario, entre ellos el “arbitraje”, “en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique”. A pesar de que ya he descartado la naturaleza arbitral de estos mecanismos sustitutorios<sup>521</sup>, la idea subyacente a esta formulación me parece válida: el arbitraje podrá utilizarse en los supuestos o ámbitos determinados, de

---

<sup>520</sup> Tanto en la LRJPAC 1992 1992 como en la vigente LPAC 2015 se prohíbe la terminación convencional en “materias no susceptibles de transacción”, lo que se suele interpretar como expresión sinónima de “materias no disponibles”.

<sup>521</sup> Ver supra, capítulo I.2.

acuerdo con una ley específica que así lo establezca. Es decir, no basta con establecer un criterio general, como hace la LArb 2003 con la disponibilidad.

De acuerdo con el esquema que defiende, el legislador debe explicitar qué ámbitos del sector público están abiertos al arbitraje. De esta forma, se renuncia a establecer un criterio general, como el equívoco y vago concepto de disponibilidad, y se adopta un punto de vista más pragmático.

En esta misma línea, Bustillo Bolado defiende que, dentro de los límites constitucionales que se puedan identificar (como el criterio de no afectación a terceros que no han consentido el arbitraje), debe ser el legislador quien determine los ámbitos o materias en los que resulta admisible el arbitraje público. Según él, “la mayor o menor extensión del arbitraje en el ámbito constitucionalmente posible sería entonces una cuestión de “política legislativa”<sup>522</sup>.

Compartiendo en parte este punto de vista, Juan Rosa Moreno entiende que el ámbito de arbitrabilidad en Derecho administrativo viene fijado por el contenido de la autonomía de voluntad. Dado que la Administración no goza de esta genérica autonomía, debe ser la ley la “que fije el contenido de esa autonomía, en definitiva, el contenido de esa facultad negociadora que permita concluir en el arbitraje<sup>523</sup>”. El modelo que defiende es contrario al que defiende Rosa Moreno, puesto que estoy a favor de que la ley decida si la Administración se somete o no a arbitraje. No creo conveniente que las entidades públicas deban decidir caso por caso. Sin embargo, coincido con este autor cuando advierte que la ley debe fijar “el contenido de esa autonomía”, es decir, que deben establecerse criterios que guíen en qué materias se puede acudir al arbitraje y en qué no.

Juan Manuel Trayter también defiende la necesidad de contar con una ley sectorial que abra la puerta al arbitraje. Este autor considera que la ley general será estatal, pero que después serán las Comunidades Autónomas quienes podrán someter ciertas cuestiones a arbitraje en materias de su competencia<sup>524</sup>. Esta idea me parece fundamental: si bien el primer paso para “invitar” al arbitraje al sector público corresponde al legislador estatal, con la aprobación de una ley general de arbitraje público, el segundo paso lo debe dar el legislador competente en cada materia, ya sea el estatal o el autonómico.

En relación con el papel de la jurisprudencia, debe admitirse que cualquier término legal será mínimamente indeterminado, de modo que, al final, jueces y tribunales tendrán un papel

---

<sup>522</sup> *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 473; López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 20.

<sup>523</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 78.

<sup>524</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 93. Pone como ejemplos de estas materias las de “urbanismo, montes, ayudas sociales, subvenciones, etcétera”. También en defensa de la competencia estatal para aprobar esta ley general, Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 82. En el mismo sentido, Víctor Escartín Escudé, «El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 39-40 (2012): 123.

relevante al decidir cuál es el contorno exacto del ámbito de arbitrabilidad. Sin embargo, siempre será mejor que la primera decisión la tome el legislador, hecho que facilitará la tarea interpretativa del poder judicial. Así, el tribunal de justicia no partirá de un concepto extremadamente vago, como puede ser el de la “disponibilidad” en derecho privado, sino que trabajará sobre la base de una previsión legal más concreta. Esta disposición legal, además, será producto del debate público que tiene lugar en el parlamento y por lo tanto tendrá una mayor legitimidad democrática.

En conclusión, la idea de que el legislador sectorial sea el que autorice el uso del arbitraje en áreas concretas del sector público me parece más adecuada que tratar de encontrar un criterio general de arbitrabilidad, como hace la LArb 2003 con el concepto de disponibilidad. Sin embargo, me parece que pueden identificarse algunos criterios orientativos para el legislador a la hora de decidir si quiere “abrir la puerta” al arbitraje en un determinado ámbito. A continuación, señalo cuáles son estos criterios.

### **3. Criterio de afectación a terceros**

El primer criterio de arbitrabilidad pública que planteo es el de autorizar el arbitraje en ámbitos en los que se presume que el círculo de interesados es más fácilmente identificable. Según esta perspectiva, en estos supuestos, el arbitraje comporta un menor “riesgo” de que posteriormente aparezcan terceras partes que no hayan prestado su consentimiento en el procedimiento arbitral. Este riesgo también concurre en los procesos judiciales, pero la diferencia estibaría en que los órganos judiciales ofrecen una mayor rendición de cuentas, en caso de que este se materialice.

#### **a) Arbitraje público, consentimiento e interesados**

Para explicar esta propuesta, conviene recordar primero que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el arbitraje solo es válido si nace del consentimiento de las partes. En el supuesto de que el arbitraje sustituyera un proceso contencioso-administrativo, este requisito debería interpretarse en el siguiente sentido: si hay más de un particular implicado que tenga consideración de interesado y desea ser parte en el proceso, tanto en la posición de recurrente como de codemandado, todos ellos deberían prestar su consentimiento para que el arbitraje pudiese celebrarse válidamente. En cambio, el consentimiento de la parte pública, no plantea ningún problema, puesto que ni la Administración ni sus personificaciones instrumentales gozan de autonomía de voluntad. Su consentimiento al arbitraje estaría previsto en la ley<sup>525</sup>.

En definitiva, el arbitraje público que sustituye un proceso contencioso-administrativo debería seguir las mismas reglas en cuanto al emplazamiento de interesados. Según los artículos 49 y 50 LJCA, la Administración demandada debe emplazar a todos los interesados

---

<sup>525</sup> Este es el modelo del que también parte la legislación portuguesa sobre arbitraje público y el borrador de Anteproyecto de Ley de arbitraje administrativo de 21 de diciembre de 2001 (artículo 4.1).

y el letrado de la Administración de justicia (antiguo secretario judicial), comprueba la correcta evacuación de este trámite. En el arbitraje sucedería lo mismo, con la única diferencia que el árbitro o tribunal arbitral asumiría tanto las funciones del juez o tribunal como las del letrado de la Administración de justicia.

Esto significaría que, en el caso de que alguno de los comparecientes se opusiera al arbitraje, este no podría tener lugar. En consecuencia, si en un determinado ámbito la noción de interesado abarca a un círculo muy amplio de sujetos, entonces el arbitraje tendrá más dificultades para iniciarse. Basta con que uno de los interesados que desee comparecer se oponga a la celebración del arbitraje, para que este no se pueda celebrar.

En mi opinión, el “veto” al arbitraje solo es legítimo si proviene de una parte que ha manifestado su deseo de comparecer. En efecto, no todos los interesados a los que la Administración emplaza cuando alguien interpone un recurso contencioso-administrativo muestran interés en convertirse en partes del proceso. Es decir, de la noción de interesado a la de parte procesal hay un paso, que es la manifestación del interés en comparecer en el juicio. El requisito de voluntariedad en el arbitraje público, pues, no debería ser interpretado en el sentido de que todos los interesados deben prestar su conformidad expresa a la celebración del arbitraje, sino solo aquellos que deseen ser parte en el proceso judicial que se celebrará en caso de que no se obtenga el consentimiento de todos los comparecientes al arbitraje. Es decir, si algún sujeto emplazado decide no comparecer no se podrá decir que aquí hay una falta de “consentimiento” al arbitraje. En efecto, estrictamente no habrá una “controversia”, porque esta parte potencial ha decidido no ser parte del proceso.

Con todo, la interpretación del requisito de voluntariedad que descarto es la que se reflejó en el artículo 12.5 del borrador del Anteproyecto de Ley de arbitraje administrativo de 21 de diciembre de 2001, que establecía que “[c]uando existan varios interesados en un conflicto, el sometimiento de su solución a arbitraje requerirá necesariamente la conformidad expresa de todos ellos”. A mi parecer, una norma como esta resulta totalmente desproporcionada e injustificada, porque exige que en el arbitraje deban manifestarse todos los interesados, cuando es posible que muchos de ellos se desentiendan del asunto una vez finaliza la vía administrativa.

Es decir, en la jurisdicción contencioso-administrativa, el emplazamiento de interesados tiene como finalidad primordial comunicarles que la vía administrativa se ha cerrado y que el asunto ha pasado a la vía judicial, para que puedan alegar lo que tengan por conveniente, defendiendo la legalidad de la actuación impugnada o sumándose a la posición de recurrente. De este modo, es perfectamente posible que, una vez emplazados, los interesados no den ningún paso más y el proceso judicial se acabe planteando como un conflicto entre el recurrente y la Administración demandada. Si esto es así, ¿por qué exigir, para la celebración del arbitraje, el consentimiento de estos interesados “pasivos”, que en el proceso judicial no tienen ningún papel? En definitiva, el requisito de voluntariedad debe aplicarse a los interesados que desean convertirse en parte procesal, no a todos los interesados que han sido emplazados.

Además, hay que subrayar que el concepto de interesado aplicable al arbitraje debe ser el mismo que se utiliza en la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como ha sido interpretado en este ámbito. Cuando el arbitraje público se celebre en sustitución de un proceso civil, entonces deberán aplicarse las normas sobre legitimación procesal vigentes en este ámbito, como por ejemplo, las relativas al litisconsorcio pasivo necesario. Es decir, cuando pensamos en los interesados que deben prestar su consentimiento al arbitraje partimos de la premisa de que el límite de personas llamadas al debate judicial —o arbitral— siempre será producto de la convención, dado que se trata de una cuestión que no es evidente por sí misma<sup>526</sup>. En nuestro sistema de justicia administrativa, la convención que pone límite a este debate es el concepto de interesado, que es un concepto notablemente indeterminado, que ha sido objeto de distintas interpretaciones en los diferentes campos de la actividad administrativa<sup>527</sup>.

En definitiva, como hemos visto, la institución arbitral puede funcionar perfectamente de acuerdo con los requisitos constitucionales y garantizar que el procedimiento arbitral solo tendrá lugar si las partes procesales del proceso judicial al que se pretende sustituir otorgan su conformidad expresa.

b) La diferencia entre un círculo amplio y un círculo indeterminado de potenciales partes

Llegados a este punto, podemos presumir que el arbitraje público tendrá más probabilidades de prosperar en aquellos asuntos en los que se entiende que el círculo de interesados es más reducido y está más claramente determinado. Pensemos, por ejemplo, en un litigio en torno a un proyecto de reparcelación urbanística. Será más fácil que el arbitraje tenga lugar si los terrenos a los que se refiere el proyecto son propiedad de unos pocos propietarios. En cambio, si la propiedad está “atomizada”, es más probable que un solo propietario, por ínfima que sea su cuota de participación en el proyecto, pueda vetar el arbitraje. Esta consideración, sin embargo, es una mera proyección de probabilidades. Desde el punto de vista normativo, no hay una diferencia relevante entre los supuestos con un círculo de interesados más amplio, siempre que esté claramente identificado.

Entonces, ¿constituyen estas consideraciones un buen punto de partida para delimitar la arbitrabilidad? En mi opinión, no. Creo que no sería razonable establecer un criterio de arbitrabilidad a partir del “número” de interesados. En efecto, en un plano abstracto, es perfectamente posible que, en un litigio con un gran número potencial de interesados que

---

<sup>526</sup> En relación con cuál es el límite a la hora de considerar quién es interesado en un proceso, Luciano Parejo Alfonso señala que “la discusión tiene que terminar en algún punto”, «Mecanismos convencionales de resolución de conflictos», en *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de derecho público*, ed. Carmen Carretero Espinosa de los Monteros (Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003), 177.

<sup>527</sup> Para un buen comentario a la regulación de la legitimación procesal en la LJCA, con una selección ilustrativa de sentencias del TS sobre la cuestión, ver Santamaría Pastor, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentario*, 220-53.

desean ser parte procesal, todos ellos acepten un arbitraje. ¿Qué sentido tendría que la ley impidiera, de entrada, el arbitraje en estos supuestos?

En cambio, sí concurre una diferencia relevante cuando el ámbito de interesados es menos nítido, es más indeterminado. Pensemos, por ejemplo, en los recursos contencioso-administrativos contra reglamentos, o en “actos en masa”, como los que ponen como ejemplos García de Enterría y Fernández: “la regulación de una materia de personal, la clasificación de puestos de trabajo de un Ministerio, la alteración de los valores catastrales en una ciudad a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, una determinada interpretación de una norma fiscal, que ha podido ser impuesta por una circular interna, los descuentos por jornadas perdidas en una huelga, convocatoria de un concurso de provisión de plazas, etc<sup>528</sup>”.

En relación con estos supuestos, la dificultad del arbitraje no provendría del número de interesados, sino del riesgo que entraña el carácter indeterminado de este círculo de sujetos. Este rasgo implica que no se pueden identificar, de entrada, todos los potenciales interesados en el litigio, de forma que hay menos garantías de que todos los interesados hayan sido emplazados y de que hayan tenido la oportunidad de manifestar su deseo de ser parte en el proceso y, en el caso de que se haya solicitado un arbitraje, expresar su conformidad o oposición a este procedimiento.

En esta línea, Bustillo Bolado parte del alcance indeterminado del estatus de interesado/legitimado en el proceso contencioso-administrativo<sup>529</sup>. Para el autor, el ámbito de potenciales partes del procedimiento arbitral público será mucho más amplio, *a priori*, que el de un procedimiento arbitral ordinario de derecho privado, en el que se confrontan derechos subjetivos de carácter jurídico-privado, y en el que las partes están por lo general bien identificadas<sup>530</sup>. Así pues, Bustillo Bolado entiende que no será arbitrable aquella contienda en la que puedan existir partes potenciales que no hayan consentido que la controversia se someta a arbitraje. El autor cita varios ejemplos de conflictos donde los

---

<sup>528</sup> *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:706.

<sup>529</sup> El autor aclara que esta exposición de ideas se realiza partiendo de la hipótesis de la admisibilidad en abstracto del arbitraje público, que no acaba ni rechazando ni aceptando claramente.

<sup>530</sup> “[U]n escrupuloso respeto a la tutela judicial efectiva supondría considerar que sólo sería posible la previsión legal del arbitraje en asuntos sobre los que los recurrentes tengan plena disponibilidad y cuya resolución no se proyecte directamente sobre la esfera jurídica amparada por el Derecho de terceros ajenos al convenio arbitral”, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 471. Una opinión similar es la de Víctor Escartín Escudé, que afirma lo siguiente: “Esta conclusión implica una indudable dificultad para el asentamiento del arbitraje en el Derecho administrativo, sobre todo si se compara con el ámbito de delimitación propio del arbitraje en el Derecho privado, pues en este ámbito, al necesitarse un derecho subjetivo, las partes suelen estar bien identificadas, mientras que en Derecho administrativo, al bastar con un interés legítimo, los contornos de la legitimación se extienden y el número de posibles legitimados con quienes se ha de contar para no conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva se multiplica”, «El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos», 124, con cita de R. Fernández Montalvo, P. Teso Gamella, y A. Arozamena Laso, *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial: Centro de Documentación Judicial, 2004), 101.

potenciales recurrentes no tienen, en este sentido, disponibilidad sobre el objeto de la controversia y en los que, en consecuencia, el arbitraje quedaría excluido<sup>531</sup>:

- *Impugnaciones de actos administrativos “dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas”*, como pueden ser las impugnaciones de una convocatoria de oposiciones. “La indeterminación de los numerosos potenciales recurrentes conlleva que ninguno de ellos por sí mismo tenga disponibilidad sobre el objeto de la controversia” y, por lo tanto, la sumisión a arbitraje puede comportar un riesgo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes potenciales que no han consentido el arbitraje.

En mi opinión, aquí se podrían añadir otros ejemplos como la impugnación de un pliego de contratación pública. A diferencia del limitado ámbito de potenciales recurrentes del acto de adjudicación del contrato (licitadores a los que no se ha adjudicado el contrato), el ámbito de potenciales recurrentes de un pliego de contratación es potencialmente más amplio.

- *Recurso directo contra un reglamento*. Según Bustillo Bolado, aquí la controversia no es arbitrable por las mismas razones que en el caso anterior, a lo que se añade que el art. 106.1 CE habla explícitamente del control judicial de la potestad reglamentaria.

Resulta curioso que este argumento se cite en el apartado dedicado a la arbitrabilidad. El autor expone sus ideas sobre esta cuestión explicitando que se parte de la hipótesis de la admisibilidad en abstracto del arbitraje público. Si se ha salvado el obstáculo que supuestamente plantea el art. 106.1 CE, no tiene sentido volverlo a citar en este momento. Si no existe reserva especial de jurisdicción en materia contencioso-administrativa, no existe tampoco en cuanto al control de la potestad reglamentaria, que es solo una de las facetas del control judicial de la actuación administrativa.

- *Ejercicio de la acción pública*, dado que el número de recurrentes potenciales es ilimitado.

Es cierto que en aquellos ámbitos donde exista la acción pública, el arbitraje puede encontrar mayores dificultades para poder funcionar. En efecto, en todos aquellos conflictos en los que, gracias a la acción pública, pueda aparecer una nueva parte procesal en medio del procedimiento, existirá el riesgo de que este nuevo recurrente no esté de acuerdo con la sumisión a arbitraje y por lo tanto todo el procedimiento arbitral esté viciado por la falta de consentimiento de todas las partes de la controversia.

Por otro lado, según el mismo autor, un ejemplo de controversia de derecho administrativo en la que el arbitraje sí podría tener un papel es el conflicto entre un funcionario y la Administración a raíz de la imposición de un cambio de residencia. Aquí el funcionario tiene plena disponibilidad sobre la acción y “los efectos de la sentencia o del laudo arbitral no se

---

<sup>531</sup> Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 470.

desplegarían más allá de las respectivas esferas jurídicas de la Administración y de su funcionario<sup>532</sup>”.

Este autor entiende que un conflicto entre tres copropietarios en régimen de proindivisión y la Administración, por la reversión de un bien inmueble, también sería adecuado para un arbitraje, pero solo si los tres copropietarios lo consienten. Isabel Ballesteros Panizo se pronuncia en un sentido similar al defender que el criterio de arbitrabilidad es la existencia de un derecho o interés legítimo, con el límite de no afectación a terceros<sup>533</sup>.

En mi opinión, a estos ejemplos podríamos añadir supuestos equivalentes en los que, aparentemente, las únicas esferas jurídicas afectadas son las de la Administración y la del recurrente: conflicto en torno a una liquidación tributaria, revocación de una licencia de actividad, denegación de una autorización en el dominio público marítimo-terrestre, denegación de la solicitud de acceso a información en el marco de la legislación sobre transparencia...

A favor de la arbitrabilidad de estos supuestos se puede citar la propia LJCA, que en su artículo 45.5 contempla la posibilidad de que no haya más terceros interesados en el proceso aparte del recurrente y la Administración<sup>534</sup>. De este modo, la propia LJCA reconoce que hay procesos contencioso-administrativos en los que las partes no solo están claramente identificadas, sino que el proceso se parece al juicio civil paradigmático, en los que el conflicto se plantea como la oposición entre dos sujetos. Sin embargo, como veremos en los dos siguientes epígrafes, otros criterios orientativos pueden desaconsejar el arbitraje para algunos de estos conflictos.

c) La mayor indeterminación del círculo de interesados, por sí sola, no implica la falta de arbitrabilidad

Pues bien, ahora me interesa señalar que, en realidad, no se puede argumentar que el arbitraje resulta inadecuado para los litigios en los que el círculo de interesados es indeterminado, sin detallar nada más. En la jurisdicción contencioso-administrativa este problema también se da y el arbitraje podría utilizar los mismos mecanismos que se han adoptado en ella. La LJCA ha previsto instrumentos para combatir el problema de la indeterminación de posibles interesados en el proceso, conjugando la tutela judicial efectiva con la seguridad jurídica. En este sentido, si se argumenta que en el arbitraje público se deben llevar a cabo los mismo

---

<sup>532</sup> Ibid., 469.

<sup>533</sup> Para esta autora, en ningún caso podrían ser objeto de arbitraje la impugnación de disposiciones de carácter general, actos administrativos dirigidos a una pluralidad de personas, intereses colectivos, cuestiones en las que se pueda ejercer la acción pública y cuestiones en las que es preceptiva la intervención del ministerio fiscal, Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, 194. Carla Esplugues Barona propone una lista muy similar, en la que solo se añaden el “ejercicio de funciones de autoridad” y “todas aquellas materias excluidas *ex lege* de transacción o arbitraje”, *Arbitraje y Derecho administrativo. Teoría y realidad*, 249.

<sup>534</sup> Observación que realiza García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 57, nota 108.

trámites que en la jurisdicción contencioso-administrativa para emplazar a los interesados, o trámites similares, el problema se resolvería<sup>535</sup>.

Conviene detenernos en conocer las soluciones que prevé la LJCA en relación con el alcance indeterminado de partes legitimadas que puede tener un proceso contencioso-administrativo. Como hemos visto, la propia LCJA admite que esta cualidad es contingente, puesto que hay procesos contencioso-administrativos en los que las partes potenciales del mismo se hallan bien identificadas, igual que en el proceso civil paradigmático, y en las que el emplazamiento de interesados que regulan los artículos 49, 50 y 51 LJCA resulta suficiente para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Hay que recordar que la antigua LJCA 1956 preveía un único mecanismo para emplazar a los posibles interesados en defender la legalidad del acto impugnado, que era la publicación del anuncio de la interposición del recurso en el periódico oficial que correspondiera<sup>536</sup>. La inadecuación de este mecanismo fue señalada por el TC en su sentencia 9/1981, en la que, con carácter de *obiter dicta*, afirma lo siguiente:

“la Sala debe hacer notar que el art. 24.1 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador -y al intérprete-consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción. Lo que conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados -e incluso coadyuvantes- siempre que ello resulte factible, como puede ser cuando sean conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición, o incluso del expediente, aun cuando no se le oculta a este Tribunal -dada la variedad de hipótesis que pueden plantearse- que la consecución plena de este resultado puede exigir un cambio legislativo”.

Como señala Santamaría Pastor, no fue hasta 1992 cuando el legislador recogió el guante e introdujo, como regla general, el mecanismo de emplazamiento individual de los interesados equivalente al de los artículos 49 y 50 LJCA<sup>537</sup>. Este nuevo mecanismo, sin embargo, no soluciona el problema de los litigios en los que no se puede identificar individualmente a todos los potencialmente interesados.

¿Cuál es la respuesta de la LJCA a estos supuestos? En cuanto a los recursos contra disposiciones generales, que, por lo común, implican un ámbito indeterminado de interesados, la LJCA ofrece una respuesta que no se acaba de entender. El artículo 47.2 de la ley, se prevé que se publicará el anuncio de interposición de un recurso contra una disposición general solo cuando el proceso se hubiera iniciado “mediante demanda en los supuestos previstos por el artículo 45.5”. En este anuncio, se otorgará un plazo de quince días para que, “quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta impugnados”, puedan personarse en el proceso. Lo lógico sería

---

<sup>535</sup> Este sería uno de los aspectos que debería tratar una ley general de arbitraje público, como señalo en el capítulo siguiente.

<sup>536</sup> Santamaría Pastor, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentario*, 515.

<sup>537</sup> Se trata de una de las reformas contenidas en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. *Ibid.*, 516.

prever que esta publicación tiene carácter preceptivo. De este modo, se podría considerar que se ha hecho lo posible para que todo posible interesado en comparecer en el proceso tenga conocimiento de que este se ha iniciado.

En cambio, en el caso de que el círculo de interesados sea especialmente indeterminado, la ley no prevé, con carácter preceptivo, la aplicación de ningún mecanismo de publicidad, que permita “avisar” a otros posibles interesados en el proceso. La única vía sería que el Letrado de la Administración de Justicia hiciera uso de su potestad de acordar la publicación del recurso en el periódico oficial correspondiente (artículo 47.1 LJCA).

Si la ley establece que en el arbitraje público serán de aplicación los mismos mecanismos previstos en el proceso jurisdiccional a la hora de emplazar posibles interesados, ¿qué problema puede haber en el arbitraje que no surja en la jurisdicción? A mi parecer, la diferencia se encuentra en que en la jurisdicción no habrá ningún problema si, en medio de un proceso iniciado por el ejercicio de la acción pública, aparece un nuevo compareciente que hace uso de esta misma institución. El ejercicio de la función jurisdiccional no requiere el consentimiento de todas las partes para que pueda iniciarse, como sí requiere el arbitraje.

En cambio, el arbitraje afrontaría los mismos problemas que la jurisdicción en el caso de que no se haya emplazado a un interesado que era identificable. En efecto, si no se ha emplazado a alguno de ellos, el proceso judicial puede ser objeto de una nulidad de actuaciones, por cuanto no se ha respetado la tutela judicial efectiva de los interesados no emplazados. En este extremo, el arbitraje se enfrenta al mismo riesgo, puesto que, en el modelo que defiende, debe haberse emplazado a todos los interesados, igual que en el proceso contencioso-administrativo –en el arbitraje, además, se exigirá que todos los que deseen comparecer presten su conformidad-. Si no se ha emplazado correctamente a todos los interesados, entonces el laudo arbitral sería nulo no por los motivos propios de la LArb 2003, sino por las mismas razones que una sentencia judicial.

En vista de lo expuesto, el legislador podría decidir excluir el arbitraje en supuestos donde la utilización de los mecanismos de emplazamiento ofrece un menor grado de eficacia o, lo que es lo mismo, entraña un mayor riesgo de que se haya omitido el emplazamiento de algún interesado. Por ejemplo, en un litigio en torno a la adjudicación de un contrato público, los interesados conforme a la ley procesal son claramente identificables y el mecanismo de emplazamiento no tiene, en principio, dificultades. En cambio, puede haber otro tipo de asuntos en los que el círculo de interesados es más indeterminado y concurre un mayor riesgo de que se omita emplazar a alguno de ellos. Este riesgo sería considerable, por ejemplo, en un proceso derivado de un recurso directo contra un reglamento o contra un instrumento de planeamiento urbanístico general. En cambio, en según qué plan urbanístico derivado, como el relacionado con un equipamiento o una actividad en suelo no urbanizable, se podría apreciar un riesgo más reducido.

Como hemos dicho, la jurisdicción también se enfrenta al riesgo de que el proceso judicial se haya celebrado sin haber emplazado a algún interesado, pero la diferencia quizá estriba en que, si este riesgo se materializa en un proceso judicial, la responsabilidad se achacará al

Estado en su conjunto, mientras que si ocurre en un arbitraje, la responsabilidad puede parecer que se diluye. Es decir, puede ser que, para la comunidad política, sea más tolerable que se equivoque la jurisdicción que un tribunal arbitral, puesto que la primera es capaz de ofrecer una mayor rendición de cuentas (*accountability*). En efecto, los eventuales errores que se cometan en la jurisdicción pueden ser objeto de un mayor “seguimiento sistemático”<sup>538</sup> por parte de la sociedad y de sus órganos representativos. En cambio, si el error se comete en el marco del arbitraje, que es efímero por definición, este seguimiento quizá es más difícil de llevar a cabo.

En definitiva, creo que uno de los criterios orientativos para el legislador para delimitar el ámbito de acción del arbitraje en el sector público, es el relacionado con la necesidad del consentimiento de todos los interesados que desean comparecer en el proceso. Este criterio se basaría en el riesgo de que se cometan errores en la aplicación de los mecanismos de emplazamiento de interesados, derivados de un alto grado de indeterminación del círculo de interesados. Estos errores también pueden producirse en la jurisdicción, pero la diferencia radicaría en la menor capacidad de rendición de cuentas que ofrece el arbitraje. En cualquier caso, esta modalidad del criterio se basaría en consideraciones de grado, no absolutas, puesto que no puede diferenciarse nítidamente entre controversias con un círculo determinado o indeterminado de interesados.

#### 4. Criterio de necesidad de jurisprudencia

El segundo criterio orientativo que sugiero es el de la necesidad de jurisprudencia<sup>539</sup>. En mi opinión, una consideración que puede comportar que el arbitraje no resulte un mecanismo adecuado para ciertas controversias es constatar que, en un determinado ámbito, es necesario contar con el máximo número de precedentes judiciales. Es decir, la necesidad de que los tribunales de justicia dispongan del mayor número posible de asuntos para formar jurisprudencia, que ayude a aclarar los conceptos utilizados por la ley, de modo que se creen o concreten “reglas públicas”, empleando la terminología de Owen Fiss.

Debo aclarar que este criterio orientativo se basa en consideraciones de oportunidad, no de constitucionalidad. Como hemos visto en el capítulo V, el arbitraje público se adecúa totalmente a la concepción subjetiva de la jurisdicción reflejada el artículo 106.1 CE, que ve en la resolución de conflictos la finalidad primordial de la jurisdicción. La piedra angular del sistema es el derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos del recurrente, el derecho a que un juez, independiente e imparcial, examine su pretensión

---

<sup>538</sup> Se trata aplicar, en otro contexto, la idea defendida por Víctor Ferreres Comella en relación con el seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por parte del parlamento, mencionada en el capítulo V.7.

<sup>539</sup> Sobre el papel de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico, ver Víctor Ferreres Comella y Juan Antonio Xiol Ríos, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2.ª ed. (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013). Concretamente en el ámbito jurídico-público, ver Ricardo Rivero Ortega, «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho», *Revista de Administración Pública*, n.º 157 (2002): 89-118.

frente al poder público administrativo. Desde este punto de vista, el arbitraje público, como equivalente jurisdiccional, no solo no pondrá en peligro, sino que puede reforzar la protección de este derecho fundamental, si está bien diseñado.

Hay que tener en cuenta, además, que la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa hacia una jurisdicción de marcada impronta individualista ha sido interpretada como un logro histórico por la mayor parte de la doctrina. En este sentido, se destaca que su función primordial ya no es un control “objetivo” de la actuación administrativa, como fue durante casi un siglo y medio, sino que es un mecanismo destinado a satisfacer las demandas de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares frente al poder público administrativo.

Sin embargo, es innegable que el resultado del ejercicio de la función jurisdiccional no solo comprende la respuesta a las pretensiones de los recurrentes, es decir, la impartición de “justicia” en un conflicto concreto, sino que también comprende unas “externalidades” positivas para la comunidad política, en forma de jurisprudencia.

La idea central en que se basa el criterio de necesidad de jurisprudencia es que, en vista de la existencia de estos beneficios colaterales del proceso judicial, el legislador puede decidir que la apertura al arbitraje sea de mayor o menor alcance. En definitiva, el punto de partida es que el arbitraje resulta admisible, en abstracto, en todos los campos, pero que, por criterios de oportunidad, el legislador puede decidir “invitarlo” solo en determinados ámbitos, si estima que en ellos la necesidad de contar con el máximo número de precedentes judiciales no es tan patente.

#### a) La segunda función de la jurisdicción: la creación de jurisprudencia

Como hemos visto, la configuración de la justicia administrativa en nuestro país se basa en una concepción subjetiva, dirigida a proteger los derechos de los ciudadanos ferente al poder público. No obstante, generalmente se admite que también cumple una segunda función. En este sentido, en la exposición de motivos de la LJCA se explica que es deseable que se promuevan medios alternativos de resolución de conflictos, pero se considera que la jurisdicción tiene una “doble función”, de carácter “insustituible, de “garantizadora y creadora de jurisprudencia”.

De hecho, la nueva regulación del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa ha comportado que, al menos en sede casacional, la resolución del conflicto concreto, la “justicia”, sea un “simple subproducto”<sup>540</sup>. Actualmente, el recurso de casación,

---

<sup>540</sup> “La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que entró en vigor al año de su publicación, ha dado un vuelco total a la regulación del recurso de casación al abandonar el modelo tradicional y optar por un sistema, el norteamericano del *certiorari*, que convierte al citado recurso en un instrumento técnico para la formación y depuración de la jurisprudencia, del que la justicia vendrá a ser un simple subproducto, algo secundario, mero resultado de la elección que la Sala 3ª del Tribunal Supremo decida hacer de los asuntos que, a su juicio, tengan interés casacional objetivo”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:605.

a diferencia del recurso contencioso-administrativo que da lugar al proceso en primera instancia, no persigue el objetivo principal de dar respuesta a la pretensión concreta del recurrente, que se considera que ha ya sido otorgada por el juez o tribunal de primera instancia, sino que concierne a la segunda función de la jurisdicción, que es la creación de jurisprudencia.

A pesar de que, en nuestro sistema, tradicionalmente no se ha otorgado valor normativo a la jurisprudencia, la tendencia es reconocer que sí lo tiene o que, como mínimo, constituye una pieza esencial en nuestro ordenamiento. De hecho, como ha advertido Víctor Ferreres Comella, diversos principios constitucionales como el de seguridad jurídica, igualdad e imparcialidad u objetividad justifican que se otorgue carácter vinculante a la jurisprudencia<sup>541</sup>, si bien no exactamente de la misma forma que en los sistemas de *common law*<sup>542</sup>.

Para conocer mejor qué implicaciones puede tener para el arbitraje la idea de la jurisdicción como creadora de normas jurisprudenciales, resulta de interés la teoría de la jurisdicción que defiende el jurista norteamericano Owen Fiss<sup>543</sup>. Este autor critica la concepción de la jurisdicción (*adjudication*) que ve en ella un mero mecanismo de resolución de conflictos (*dispute resolution*). Para Fiss, la “jurisdicción es el proceso social que permite a los jueces dar sentido a los valores públicos<sup>544</sup>” que recogen la Constitución y la legislación (*meaning giving*). No parece muy difícil traducir esta función como la de creación de jurisprudencia.

---

<sup>541</sup> Ferreres Comella, «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», 45-46.

<sup>542</sup> Víctor Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)* (Madrid: Civitas, 2002), 156-231.

<sup>543</sup> En particular, véase los capítulos «Against Settlement» y «The Forms of Justice», en *The Law as it Could Be* (New York: New York University Press, 2003), que reproducen el texto aparecido en forma de artículo académico en 1984 y 1979, respectivamente.

<sup>544</sup> Fiss, «The Forms of Justice», 3. Sigo aquí la traducción que ofrece Víctor Ferreres Comella en «Arbitraje, democracia y Estado de Derecho: algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», 2014, 4. La traducción de “*adjudication*” por “jurisdicción” se entiende en el contexto del artículo de Fiss, que habla claramente sobre el sistema judicial público.

Sin embargo, en otros contextos, como el del Derecho administrativo estadounidense, el término “*adjudication*”, no sería traducible como “jurisdicción” en el sentido de la función que desarrolla el poder judicial, sino en la función de las administraciones de dictar actos administrativos/resolver recursos administrativos sobre casos concretos, que efectivamente los estadounidenses equiparan en gran medida a la “jurisdicción” en sentido estricto, pero que se entiende sobre todo en contraposición con la potestad reglamentaria de las administraciones, el “*rule-making*”. En este sentido, Karl Löwenstein, jurista alemán que desarrolló gran parte de su carrera en los Estados Unidos, equipara lo que en España se describiría como el dictado de actos administrativos con el dictado de sentencias judiciales: “Aparte de la facultad normativa, las autoridades administrativas asumieron, bien en base a una autorización expresa del parlamento, bien apoyándose en una inminente necesidad de la actividad administrativa, el derecho de dictar, en sus respectivas competencias, sentencias judiciales o cuasijudiciales sobre conflictos administrativos en sus respectivos ámbitos. Muchos órganos administrativos ejercen simultáneamente, y hasta frecuentemente a través del mismo personal, funciones normativas, administrativas y judiciales. Las *Independent Regulatory Commissions* de la vida administrativa americana, anteriormente citadas. (...) En los Estados Unidos (...) cabe recurrir ante los tribunales ordinarios contra actos administrativos ilegales y desde el Administrative Procedure Act de 1946 (Stat. 237) es posible recurrir contra las sentencias judiciales de las ya citadas *Independent Regulatory Commissions* que, reuniendo en sí

Fiss critica la concepción del sistema judicial como una estructura dirigida a la resolución de conflictos para lograr la paz social y enfocada así a los fines privados de los individuos. Sostiene que el papel de los tribunales de justicia va mucho más allá de los intereses particulares de las partes, puesto que se trata de dotar de significado a los valores públicos consagrados en la Constitución y la legislación. El autor se refiere a ejemplos como el “cuento de los granjeros” para aludir al modelo ideal de justicia “privada”, que meramente busca el restablecimiento del orden social, quebrado por una conducta disconforme a derecho de otro individuo –la falta de entrega del bien objeto de la compraventa, por ejemplo-.

Desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, William M. Landes y Richard A. Posner partieron de premisas similares, distinguiendo dos funciones de la jurisdicción (dos “servicios judiciales”, en su terminología): por un lado, resolución de conflictos, por el otro, formulación o creación de normas, es decir, creación de jurisprudencia<sup>545</sup>. Según estos autores, ambos “servicios” pueden prestarse por separado. En efecto, en el sistema norteamericano, los veredictos del jurado no crean precedente y la función de creación del Derecho es compartida por los parlamentos y por los tribunales de justicia, esencialmente, los de apelación<sup>546</sup>. Por otro lado, acaban concluyendo que es más probable que surja un mercado privado del servicio de resolución de conflictos que del “servicio” de creación de normas<sup>547</sup>.

Por su parte, Santiago Muñoz Machado, se basa en el debate estadounidense sobre esta cuestión para defender la necesidad de establecer un sistema de precedente en el caso español, y subraya que “la jurisdicción no solo sirve para resolver controversias, sino que tiene también otras misiones institucionales que le obligan a tratar de estabilizar la convivencia y a formular reglas que puedan servir para ordenarla en el futuro<sup>548</sup>”.

Llegados a este punto, hay que preguntarse cuál es la relación entre el arbitraje y la función de creación de jurisprudencia.

---

funciones normativas, administrativas y judiciales, son de importancia incalculable para la vida diaria del ciudadano. Con ello se ha restaurado completamente el principio del Estado de derecho” (el subrayado es mío), Löwenstein, *Teoría de la Constitución*.

<sup>545</sup> Desde una perspectiva de análisis económico del Derecho se ha partido de premisas similares: “*A court system (public or private), produces two types of service. One is dispute resolution –determining whether a rule has been violated. The other is rule formulation- creating rules of law as a by-product of the dispute-settlement process. When a court resolves a dispute, its resolution, especially if embodied in a written opinion, provides information regarding the likely outcome of similar disputes in the future. This is the system of precedent, which is so important in the Anglo-American legal system?*”, William M. Landes y Richard A. Posner, «Adjudication as a Private Good», *The Journal of Legal Studies* 8, n.º 2 (1979): 236.

<sup>546</sup> Ibid.

<sup>547</sup> Ibid., 240.

<sup>548</sup> Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 213.

## b) Formulación del criterio de necesidad de precedente

De conformidad con el criterio de necesidad de precedente, el legislador abriría la posibilidad del arbitraje a controversias en las que, por sus características, la jurisprudencia tiene un papel menos destacado o no se estima tan necesaria. Como puede imaginarse, no me estoy refiriendo al papel que puede tener la jurisprudencia en la resolución de un conflicto mediante arbitraje, porque los árbitros deben tener en cuenta la jurisprudencia relevante, que forma parte del derecho aplicable<sup>549</sup>. Por el contrario, este criterio tiene que ver con la capacidad de que la resolución del conflicto en cuestión pueda generar un precedente útil para futuras controversias.

Debo señalar que el criterio del precedente que defiendo en este epígrafe coincide esencialmente con el que recoge la ley federal de procedimiento administrativo de los Estados Unidos, la *Administrative Procedure Act* (APA). Esta ley fue modificada para fomentar las técnicas ADR en el sector público, incluido el arbitraje. En el artículo 572.b), dentro del subcapítulo IV, dedicado a “*Alternative Means Of Dispute Resolution In The Administrative Process*”, la ley indica en qué supuestos no se considera recomendable el uso de ADR. En el subapartado 1, concretamente, se desaconseja el uso de ADR en las situaciones en las que se requiere una resolución de la controversia con valor de precedente y en los que el procedimiento de ADR es probable que no se acepte como tal<sup>550</sup>. Así pues, este criterio coincide, en esencia, con el que propongo, basado en la necesidad de precedente jurisprudencial.

### i. *La incapacidad del laudo arbitral para crear jurisprudencia*

La propuesta de criterio que trato aquí parte de la premisa de que un laudo arbitral no genera ningún precedente jurisprudencial, porque no satisface uno de los requisitos imprescindibles

---

<sup>549</sup> Según Landes y Posner, en los sistemas de resolución de controversias de sociedades primitivas, como la de los indios Yurok, el nombramiento *ad hoc* de “jueces privados” entre comunidades vecinas para cada conflicto no incentivaba el establecimiento de precedentes y de principios generales que sirvieran para futuras disputas, por lo que las normas de este sistema eran excesivamente precisas e inflexibles. Según estos autores, el arbitraje mercantil, a pesar de compartir el rasgo de “jurisdicción privada” con estos sistemas primitivos –dado que la financiación del arbitraje va a cargo de las partes–, no prescinde de los principios generales del Derecho que pueden encontrarse en un sistema jurídico desarrollado. Y es que en este mecanismo sí se aplica el Derecho formal “relevante”, lo que incluye los precedentes creados por los jueces del sistema público, Landes y Posner, «Adjudication as a Private Good», 245. En relación con esta última cuestión, los autores contestan a la posible objeción de que el arbitraje constituye un supuesto de “*free riding*” respecto al servicio de creación de precedente prestado por los tribunales estatales. Supuestamente, los árbitros se aprovecharían de este servicio pero no contribuirían al mismo. Landes y Posner desestiman el argumento señalando que esta no sería una aplicación correcta del concepto del *free rider*, puesto que los tribunales estatales se financian a través de los impuestos y los usuarios del arbitraje, en realidad, reciben menos beneficios que los usuarios de la justicia estatal porque tienen que pagar a los árbitros, *Ibid.*, 249.

<sup>550</sup> “(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;”.

para que se desarrolle un “sistema de precedentes”, en términos de Víctor Ferreres. De acuerdo con este autor, para que se forme tal sistema deben cumplirse tres requisitos:

- a) “las decisiones deben estar expresadas en resoluciones escritas y motivadas;
- b) esas resoluciones deben publicarse; y
- c) debe existir un órgano central con capacidad para armonizar las interpretaciones discordantes de los diferentes decisores<sup>551</sup>”

El modelo de arbitraje público que propongo cumpliría el primer requisito, puesto que el laudo debe estar motivado. En algunos casos, como en Estados Unidos, el laudo de un arbitraje interno, en contraposición a un arbitraje mercantil internacional, no tiene por qué emitirse por escrito o no tiene por qué estar motivado, y esta es una de las razones por la que no se le atribuye la capacidad de ser fuente de precedente<sup>552</sup>. Sin embargo, este no es el modelo que sigue la LArb 2003, que apuesta por exigir la motivación del laudo con carácter general (art. 37.4), de modo que mi propuesta no representa ninguna novedad respecto al modelo de arbitraje privado actualmente vigente en España. Desde este punto de vista, pues, no se podría descartar que los laudos arbitrales generen un precedente, aunque sea de carácter informal.

El segundo requisito, la publicidad, también se cumpliría en un arbitraje público como el que defiendo aquí. Tal y como explico en el epígrafe 8 del último capítulo, este uno de los aspectos que debería regular una ley general de arbitraje público, que se apartaría, en este aspecto, del modelo de arbitraje privado previsto en la LArb 2003. De este modo, la verificación del cumplimiento de las condiciones propias de un sistema de precedente obtiene, de momento un resultado distinto que en el arbitraje privado, puesto que en él impera el principio general de confidencialidad.

La tercera condición que identifica Ferreres es la existencia de un “órgano central con capacidad para armonizar las interpretaciones discordantes de los diferentes decisores”. En el caso que analiza Ferreres –el arbitraje privado–, esta condición no se cumple, y en el arbitraje público que aquí propongo, tampoco. En efecto, como detallo en el epígrafe 10 del siguiente capítulo, el alcance del control judicial posterior del laudo podría ser mayor que en el arbitraje privado clásico, en el sentido de que las cláusulas tradicionales como la vulneración del orden público tendrían un ámbito de aplicación potencialmente más amplio.

---

<sup>551</sup> Ferreres Comella, «Arbitraje, democracia y Estado de Derecho: algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», 8

<sup>552</sup> El análisis de Landes y Posner parte de esta premisa general, por ejemplo. “*As in primitive law, arbitrators are appointed anew for every controversy, and they do not write opinions –with and important exception noted later– and hence are not a source of rules or precedents*”, Landes y Posner, «Adjudication as a Private Good», 245, 248. Según Víctor Ferreres Comella, “la tendencia que se aprecia en la mayoría de jurisdicciones va en la dirección de que los laudos arbitrales figuren en opiniones escritas que proporcionen razones. (De hecho, las leyes de muchos países lo exigen). Los Estados Unidos se han sumado a esta tendencia general en la esfera del arbitraje comercial internacional, si bien los laudos sin motivar (los “naked awards”) son todavía muy comunes en el ámbito puramente doméstico”, «Arbitraje, democracia y Estado de Derecho: algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», 9.

Sin embargo, no existiría una verdadera “estructura jerárquica<sup>553</sup>” que garantizara la formación de un verdadero sistema de precedentes<sup>554</sup>.

En definitiva, el arbitraje público que propongo aquí tampoco superaría el “*test*” para ser calificado como una institución en cuyo marco las decisiones generarían un sistema de precedentes. A pesar de que sí cumple los dos primeros requisitos que identifica Ferreres (motivación y publicidad), el laudo arbitral sería dictado en el marco de un sistema sin una estructura jerárquica que permita la formación de jurisprudencia. De este modo, se llega al mismo resultado del arbitraje privado. Sin embargo, hay que destacar que en este último se incumplen, como mínimo dos de las tres condiciones que recoge Ferreres.

En este sentido, que el arbitraje público sí satisfaga la condición de publicidad es relevante a efectos de un debate ulterior: la relación entre un posible “déficit de precedentes”, en palabras de Ferreres, y la eventual necesidad de un control democrático de esta jurisprudencia “informal”. En efecto, el hecho de que se publiquen los laudos dictados en un arbitraje público significa que la comunidad política tendrá conocimiento de estas decisiones y podría exigir responsabilidades.

Con todo, a efectos de presentar el criterio orientativo para delimitar la arbitrabilidad basado en la “necesidad de precedente”, conviene dejar de lado esta cuestión y obviar la posibilidad de que exista una jurisprudencia arbitral “informal” en el ámbito del sector público. Por ahora, partamos de la base de que el laudo arbitral se distingue de la sentencia judicial por su incapacidad de generar un precedente jurisprudencial.

En general, esta es la premisa de la que parte la doctrina a la hora de analizar la conveniencia de utilizar medios ADR. En este sentido, Huergo Lora aboga por la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito contencioso-administrativo con la finalidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa se concentre “en la resolución de nuevas cuestiones jurídicas” y de “problemas jurídicos «difíciles»<sup>555</sup>”. En una línea similar,

---

<sup>553</sup> Ferreres Comella, «Arbitraje, democracia y Estado de Derecho: algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», 9.

<sup>554</sup> Más en general, sobre el papel del precedente en los arbitrajes internacionales mercantiles, de deportes y de inversiones, ver Gabrielle Kaufmann-Kohler, «Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture», *Arbitration International* 23, n.º 3 (2007): 357–378.

<sup>555</sup> Para este autor, sin embargo, esta afirmación “no supone volver a una concepción objetiva de este orden jurisdiccional ni olvidar que su función principal es la satisfacción de las pretensiones de las partes de cada proceso y no la depuración *erga omnes* del ordenamiento jurídico-administrativo. La colocación del contencioso al servicio de los titulares de derechos e intereses legítimos queda reconocida al basarse los medios extrajudiciales de resolución de conflictos estrictamente en la voluntad de esos titulares, ya que a nadie se le puede imponer la renuncia a la vía judicial y la utilización de un medio alternativo. Por otro lado, es sobradamente conocido que la justicia administrativa cumple diversas funciones (siendo la básica y la imprescindible el otorgamiento de tutela judicial efectiva), entre las que se encuentra el control de la legalidad de la actuación administrativa, en general (art. 106.1 CE). Para que ese control de legalidad sea efectivo es necesario que la jurisdicción se concentre selectivamente sobre determinados casos, y para ello puede servir la utilización de medios extrajudiciales de resolución de conflictos”, Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 23-24.

Landes y Posner consideran que lo que invita al Estado a intervenir en el “mercado de servicios judiciales” es más bien la función de creación de precedentes que la de resolución de conflictos, una función que entienden que sí puede ser desarrollada con más éxito por parte del sector privado<sup>556</sup>.

*ii. La afectación del arbitraje a la capacidad de los jueces para formar jurisprudencia*

El criterio que expongo aquí solo tiene sentido si el modelo que se escoge para el arbitraje público es el del carácter definitivo del laudo, es decir, la imposibilidad de interponer un recurso de apelación contra el laudo en el que se puedan exponer motivos de fondo. Si se optara por el modelo –ahora minoritario– de un laudo revisable plenamente mediante un recurso de apelación, el criterio que propongo no tendría sentido, puesto que el arbitraje no afectaría en lo más mínimo la capacidad de creación de precedente que tiene el poder judicial.

Sin embargo, debe recordarse que la posibilidad de acudir al arbitraje no elimina la creación de jurisprudencia por parte del sistema judicial público. Al tratarse de un mecanismo voluntario, el arbitraje no siempre tiene lugar y, de hecho, parece que, en España, los asuntos de derecho privado que se resuelven ante un árbitro representan un porcentaje bajo. Así, por ejemplo, el hecho de que actualmente los conflictos en materia societaria o contractual, por ejemplo, sean susceptibles de arbitraje, no ha privado al poder judicial de crear jurisprudencia en este ámbito.

Es decir, el hecho de que un determinado tipo de controversias sea susceptible de arbitraje no significa que, de golpe, el sistema público de justicia deje de conocer de todos estos asuntos, por lo que el efecto que tiene el arbitraje sobre la creación de precedente no es absoluto, sino gradual. Si se abre la posibilidad de arbitraje en un determinado ámbito, presumiblemente llegarán menos asuntos a la justicia estatal, pero no desaparecerán, puesto que requisitos como la voluntariedad, un mayor coste pecuniario (que no en factor tiempo<sup>557</sup>), o la desconfianza hacia un medio poco conocido, impedirán que todos los litigantes prefieran el arbitraje frente a la jurisdicción estatal.

En definitiva, el poder judicial seguirá teniendo la posibilidad de crear jurisprudencia. Lo que sucederá es que el círculo de asuntos a partir de los que podrá desarrollar esta función se reducirá. En este mismo sentido, Ferreres considera que “la comunidad política no debe inquietarse ante la escasa producción de reglas jurisprudenciales por parte de los árbitros, pues los tribunales ordinarios están intensamente ocupados con miles de asuntos en los que se plantean todo tipo de cuestiones jurídicas. Los tribunales tienen sobre sus mesas de trabajo

---

<sup>556</sup> Landes y Posner, «Adjudication as a Private Good», 242.

<sup>557</sup> Como afirman Landes y Posner, “a long court queue (...) is equivalent to a price for judicial services”, Ibid., 250.

un volumen suficiente de controversias para producir precedentes a partir de ellas. En casi todos los campos, el arbitraje no priva a los jueces de la materia prima necesaria<sup>558</sup>”.

Conviene detenerse en la salvaguarda que contiene la consideración de Ferreres al incluir la expresión “en casi todos los campos”. Haciéndose eco de un estudio realizado en Estados Unidos, el autor admite la posibilidad –aunque improbable– de que haya algún ámbito en el que sí podría darse el riesgo de desaparición total de precedentes. Según este estudio, “sólo en unas áreas relativamente limitadas parece darse el caso de que el arbitraje pudiera sacar todos los asuntos de los tribunales<sup>559</sup>”.

En mi opinión, este riesgo es, hoy por hoy, prácticamente inexistente, en un país como España, carente de una cultura arbitral tan desarrollada como la estadounidense: el número de controversias que se llevan ante instancias arbitrales sigue siendo una minoría en todos los ámbitos. Si esto es así en el ámbito privado, en el que el arbitraje hace décadas que cuenta con una legislación que lo regula expresamente, aún es más improbable que en el sector público desaparecieran de golpe todos los asuntos judiciales en un determinado ámbito. El arbitraje en el sector público ha sido tratado como un extraño invitado durante mucho tiempo, y no dejaría de serlo de la noche a la mañana.

Ahora bien, todas estas consideraciones resultan útiles para formular un criterio orientativo para delimitar la arbitrabilidad. Para llevar a cabo esta última tarea, el legislador debería preguntarse: ¿en qué ámbitos parece más conveniente permitir que parte de los asuntos se resuelvan mediante el arbitraje, a efectos del desarrollo de la jurisprudencia?

### c) Ejemplos de aplicación del criterio

A la hora de aplicar el criterio orientativo de necesidad de jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que no se pueden trazar distinciones nítidas entre casos en los que se puede generar precedente y en los que no. Al fin y al cabo, si se abre la puerta al arbitraje en un determinado ámbito, es porque, en esta área, se estará primando la función de resolución de controversias, el interés de las partes en resolver el conflicto, frente a la “externalidad positiva” que constituye la generación de precedentes. Sin embargo, creo que se puede pensar en algunos ejemplos alrededor de los que podría haber un consenso respecto a su arbitrabilidad o no arbitrabilidad bajo este criterio orientativo.

#### *i. Control judicial de la potestad reglamentaria*

Como es sabido, el control que ejercen los tribunales contencioso-administrativos sobre la potestad reglamentaria de la Administración reviste un carácter especial, diferenciado del control sobre el resto de la actividad administrativa, como de hecho ha señalado

---

<sup>558</sup> Ferreres Comella, «Arbitraje, democracia y Estado de Derecho: algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», 9-10.

<sup>559</sup> Christopher R. Drahozal, «Is Arbitration Lawless?», *Loyola of Los Angeles Law Review*, n.º 40 (2006): 210.

recientemente el Tribunal Supremo al examinar un recurso directo contra el Reglamento del Dominio Público Hidráulico<sup>560</sup>. En esta sentencia, el TS defiende una perspectiva muy parecida a la del TC cuando controla las normas con rango de ley, actuando en cierto modo de “regulador negativo”, de forma parecida a la vieja idea de concebir el TC como un “legislador negativo”<sup>561</sup>.

En efecto, el control de la potestad reglamentaria presenta muchos parecidos con el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, dada la estrecha interrelación entre estos dos ámbitos. En este sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han destacado la relación permanente e intensa entre derecho constitucional y derecho administrativo en muchas cuestiones, como en el de la regulación de la justicia constitucional. En su opinión, esta última bebe en gran medida de la tradición del Derecho administrativo<sup>562</sup>. A la vez, han puesto de relieve que la regulación del recurso directo contra los reglamentos (art. 33.3 LJCA) también ha tomado como modelo la del recurso o cuestión de inconstitucionalidad<sup>563</sup>.

---

<sup>560</sup> Sentencia de 10 de marzo de 2018 (Sala de lo Contencioso-administrativo), recurso 145/2017 (FJ 3). Partiendo de que el art. 106.1 CE enumera de forma separada el control de la actuación administrativa y el control de la potestad reglamentaria, el alto Tribunal llega incluso a distinguir entre “actividad administrativa” y “potestad reglamentaria” como objetos de control distintos:

“Ahora bien, es importante señalar que, conforme a esas normas reguladoras del proceso, ha de hacerse la salvedad de las peculiaridades que concurren cuando lo impugnado es una disposición reglamentaria porque, como veremos y es relevante para el debate suscitado, ni el alcance de ese objeto ni de la potestad que se confiere a los Tribunales de este Orden Jurisdiccional es igual que en el supuesto de enjuiciamiento de la actividad administrativa”.

Este enfoque es coherente con la exclusión del reglamento de la teoría del acto administrativo, basado en la singularidad de la potestad reglamentaria que explican García de Enterría y Fernández. Estos autores se refieren a la “singularidad de la teoría del Reglamento y las diferencias sustanciales de esta figura con los actos administrativos *stricto sensu*. Recordemos que no se trata de una simple diferencia cuantitativa (destinatarios generales o indeterminados para el Reglamento, determinados para el acto), sino de grado (el Reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica), mucho más cuando pacíficamente se admite la figura de los actos administrativos generales o que tengan por destinatarios una pluralidad indeterminada de sujetos [art. 45.1. a) LPAC]: convocatorias, «órdenes generales», anuncios de licitación, etc.”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:596.

<sup>561</sup> “Debe rechazarse esa posición voluntarista de dar una concreta redacción a los preceptos conforme a criterios, más o menos subjetivos, de lo que se considera imponen los preceptos legales. Que ello es así lo pone de manifiesto que en el control que se confiere a los Tribunales de lo Contencioso de los preceptos reglamentarios no nos es dable, aun en los supuestos en que se declare la nulidad de dichos preceptos, imponer a la Administración la forma en que han de quedar redactados los preceptos anulados, como claramente se desprende del artículo 71.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

<sup>562</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:69.

<sup>563</sup> “[El art. 33.2 LJCA ] es una aplicación del principio de actuación de oficio del juez, en beneficio de la mayor objetividad de la justicia, principio que se extrema en el párrafo 3 del mismo artículo 3 en el supuesto de recurso directo contra Reglamentos. Aquí se faculta al juez a «extender el enjuiciamiento», previo el mismo trámite de alegaciones de las partes, a otros preceptos del mismo Reglamento «por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos». Es una técnica que se ha tomado, manifiestamente, del recurso o cuestión de inconstitucionalidad, artículo 20.1 LOTC, que permite la extensión *ultra petítum* de la inconstitucionalidad a

Si en los recursos directos contra disposiciones generales concurren muchos rasgos que los acercan a los recursos contra normas con rango de ley ante el TC es porque se trata de procesos en los que se manifiesta claramente la función de la jurisdicción de crear (en este caso, anular) o aclarar los valores públicos recogidos en el ordenamiento jurídico. En este sentido no debemos olvidar ejemplos como el del sistema constitucional austriaco, en el que el control de legalidad de los reglamentos administrativos todavía es desarrollado por el Tribunal Constitucional de forma concentrada<sup>564</sup>.

Es decir, por poner un ejemplo, a pesar de que el recurso contencioso-administrativo que interpone una federación de cámpings contra el reglamento de la ley de costas se explica por el interés que tienen sus asociados en que se anulen determinadas disposiciones que les desfavorecen y que consideran contrarias a la ley, el resultado de este proceso contribuye claramente a la creación de jurisprudencia. Es decir, la sentencia que se dicte en el proceso responderá a las pretensiones del recurrente, pero, al mismo tiempo, aclarará en qué sentido debe interpretarse la ley de costas y acotará el margen de apreciación que tiene la Administración para desarrollar la norma aprobada por el parlamento.

Podrían pensarse muchos más ejemplos en esta línea, como un recurso contencioso-administrativo contra el plan general urbanístico de una ciudad, en la que el recurrente alega que no se ha respetado el principio de crecimiento urbanístico sostenible. Aunque el resultado del proceso judicial solo afectará a la ciudad en cuestión, es de interés general para todas las Administraciones urbanísticas conocer qué entienden los tribunales de justicia por “crecimiento sostenible”. En efecto, la decisión que adopte el tribunal de justicia en dicho proceso importará a todo el resto de ciudades que deban aprobar un plan general en el futuro, dado que conocerán cuál es el límite legal infranqueable que la Administración no puede sobrepasar al adoptar las previsiones de crecimiento urbanístico en un plan<sup>565</sup>. Es decir, en un proceso como este, el tribunal contribuirá a aclarar el significado del término “desarrollo sostenible”.

El criterio de necesidad de jurisprudencia también podría aplicarse para excluir el arbitraje en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra el Estado-legislador. Como ha explicado Gus Van Harten, uno de los problemas que plantea el arbitraje de inversiones es

---

otros preceptos de la Ley que los impugnados «por conexión o consecuencia». Se ha tomado, pues, el recurso de inconstitucionalidad como modelo del recurso directo contra Reglamentos, como paradigma del recurso «abstracto» de normas”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:668-69.

<sup>564</sup> Art. 139 de la Constitución federal austríaca.

<sup>565</sup> Hay ejemplos recientes de sentencias en las que los tribunales han adoptado un papel muy activo en el debate sobre cómo deben crecer las ciudades. Podemos citar el caso del municipio de Pedrezuela, a las afueras de Madrid, cuyo Plan general urbanístico preveía un crecimiento que el Tribunal Supremo consideró contrario al principio de desarrollo sostenible (STS de 27 de septiembre de 2018), el caso de la modificación del Plan general de Ávila, que fue anulado por vulnerar el principio de ciudad compacta (STS de 18 de junio de 2015), cuyos antecedentes se pueden consultar de forma muy gráfica en [http://www.actualidadjuridicaambiental.com/juris\\_tribunal-supremo-castilla-leon-urbanismo-ciudad-compacta-avila/](http://www.actualidadjuridicaambiental.com/juris_tribunal-supremo-castilla-leon-urbanismo-ciudad-compacta-avila/) o el caso de la anulación del Plan general de Burgos (STS de 20 de febrero de 2015).

que los Estados no pueden consultar una fuente consolidada de jurisprudencia, en la que se establezcan los límites del poder de regular que tiene el Estado sin tener que indemnizar. Es decir, la falta de coherencia del sistema de arbitrajes de inversiones internacionales se muestra como una de sus principales debilidades, porque los Estados necesitan contar con el referente de una jurisprudencia consolidada para conocer en qué responsabilidad pueden incurrir a la hora de legislar<sup>566</sup>.

Este argumento, sin duda, también es aplicable a las reclamaciones “internas” de responsabilidad patrimonial contra el Estado-legislador (cuando se trata de solicitar una indemnización en relación con daños causados por una norma con rango de ley) o por daños derivados de una disposición reglamentaria. En esta hipótesis, existiría el riesgo de que cada tribunal arbitral interpretara de forma considerablemente distinta los criterios aplicables, de forma que los distintos legisladores y Administraciones públicas con potestad reglamentaria se enfrentarían a doctrinas dispares en torno a la cuestión. De este modo, no podrían desarrollar sus funciones reguladoras adecuadamente, pues no podrían prever qué consecuencias, en términos indemnizatorios, podría acarrear la aprobación de una determinada normativa.

*ii. Resto de la actividad administrativa*

En contraste con los litigios que surgen alrededor del ejercicio de la potestad reglamentaria, en los procesos que tienen por objeto el resto de la actuación administrativa, que prácticamente coinciden con los que la doctrina estadounidense denominaría de “*adjudication*”, el criterio de necesidad de precedente abre un debate más casuístico.

Podemos pensar en diversos ejemplos que cumplirían el criterio de necesidad de precedente. En el ámbito urbanístico, por ejemplo, y en contraste con los litigios sobre planeamiento urbanístico (que es considerado como ejercicio de la potestad reglamentaria), los litigios que tienen lugar en la fase de gestión o ejecución urbanística podrían ser un ámbito adecuado para el arbitraje. La fase de gestión o ejecución urbanística es la que se abre una vez entra en vigor el plan urbanístico en cuestión. En estos supuestos, la decisión con efectos mínimamente relevantes para el conjunto de la sociedad ya está tomada (la aprobación del plan urbanístico) y “solo” se trata de dilucidar cómo se lleva a cabo la realización de las previsiones del planeamiento, repartiendo cargas y beneficios y concretando las obligaciones de todos los sujetos implicados.

Las controversias que nacen en esta fase, como las que tienen por objeto un proyecto de parcelación o de urbanización, suelen revestir un carácter muy casuístico y técnico. A menudo las discrepancias surgen alrededor de las valoraciones de las construcciones a derribar o de las actividades económicas que deben trasladarse fuera del ámbito. En estos casos, tienen un papel mucho más importante los informes periciales que las cuestiones que

---

<sup>566</sup> Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford : Oxford University Press, 2007), 166.

pueden generar un precedente útil para futuros asuntos<sup>567</sup>. En definitiva, se trata de un ámbito en el que la jurisprudencia no es tan relevante, puesto que es muy casuística<sup>568</sup>, de modo que el criterio de necesidad de precedente judicial permitiría utilizar el arbitraje.

Quizá esta es la razón por la que el legislador valenciano incluyó una interesante mención al arbitraje en Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana. En su artículo 145, se establecen cuáles son las cargas de actuación que “serán a cuenta de la propiedad de cada finca y no imputables al programa de actuación integrada”. Entre ellas, se encuentran “d) Los costes de servicios de mediación, peritaje o arbitraje previstos en el programa de actuación integrada devengados a instancia de un propietario individual, salvo que correspondan al urbanizador o al programa de actuación integrada”. Tal y como se deduce de este precepto, pues, en la fase de ejecución urbanística se podría acudir a arbitraje<sup>569</sup>.

En el ámbito de contratos del sector público, las controversias sobre el cumplimiento del contrato también podrían parecer aptas para el arbitraje, de acuerdo con el criterio de necesidad de jurisprudencia. En efecto, estos litigios tienen que ver a menudo con la interpretación de los pliegos del contrato en cuestión, y no tanto con la interpretación de conceptos de la LCSP. En cambio, los recursos que tratan sobre la necesidad o no de abrir una licitación pública han contribuido a la creación de una importante jurisprudencia del TJUE, la relativa a la denominada contratación “*in-house*” o contratación con un “medio propio” del poder adjudicador.

En conclusión, lo expuesto en los anteriores párrafos demuestra que, más allá de la inadecuación que parece que presentaría la utilización del arbitraje en litigios en torno a la potestad reglamentaria y la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con normas con rango de ley o reglamentario, la aplicación del criterio de necesidad de precedente se presenta como una cuestión compleja y en la que se demuestra que la decisión dependerá,

---

<sup>567</sup> Landes y Posner afirman que “*arbitration is generally limited to disputes where the rules are perfectly clear and the only issue is their application to the facts*”, Landes y Posner, «Adjudication as a Private Good», 249. En mi opinión, más que afirmar que el arbitraje “se limita” a este tipo de conflictos, se puede decir que resulta especialmente apropiado en ellos.

<sup>568</sup> Esto ocurre claramente por ejemplo en la interpretación del concepto jurídico indeterminado de distribución equitativa de beneficios y cargas en un proceso de reparcelación urbanística.

<sup>569</sup> Como veremos después, cabe plantearse la constitucionalidad de esta previsión legislativa autonómica, por cuanto no está nada claro que el legislador autonómico pueda “abrir la puerta” al arbitraje en los litigios de Derecho administrativo sin la previa autorización general del arbitraje público a través de una ley general de arbitraje aprobada por el Estado. La redacción del artículo no deja claro si se está refiriendo a un arbitraje privado entre los propietarios en el que no intervenga la Administración o a un arbitraje en el que sí intervenga esta último, de modo que es posible interpretar esta previsión conforme a la Constitución en el sentido de que se refiere solo a procedimientos arbitrales sobre controversias entre propietarios en las que se aplica el derecho privado. Mi opinión es que la calificación de una controversia como de derecho administrativo no implica que la misma no sea arbitrable, pero este no es el criterio que probablemente adoptaría el Tribunal Constitucional si dictara una sentencia en la línea dominante hasta el momento.

sobre todo, de los criterios de oportunidad. Por todo ello, lo más conveniente es que sea el legislador quien autorice el arbitraje público en ciertas áreas o tipos de controversias.

## 5. Criterio de mayor necesidad de rendición de cuentas (*accountability*)

El tercer criterio que sugiero solo sería de aplicación si los dos primeros no han conducido a la conclusión que aquella determinada controversia no es arbitrable. Puede haber algunos conflictos que, a pesar de que no entrañen un riesgo de que aparezcan terceras partes que no hayan consentido el arbitraje y no se consideren relevantes a efectos del desarrollo de la jurisprudencia, se considere que no son aptos para el arbitraje, sobre la base de juicios de oportunidad.

Se trataría de aquellas controversias en las que la comunidad política prefiere que la justicia estatal no comparta con el arbitraje la función de resolución de conflictos, por cuanto la primera ofrece un mayor grado de rendición de cuentas (*accountability*). Ejemplos de este tipo de controversias serían aquellas en las que está en juego una cuantía de dinero público muy importante o aquellas en las que la deferencia hacia la actuación administrativa por razones de legitimidad democrática tiene un gran peso.

### a) Trascendencia para la Hacienda pública

Según la legislación portuguesa, la cuantía es un criterio de arbitrabilidad en el arbitraje en materia tributaria: si el litigio versa sobre una cantidad superior a 10.000.000 de euros, el arbitraje público no podrá utilizarse<sup>570</sup>. Este criterio, totalmente convencional, me parece que puede explicarse a través de la siguiente idea: en ciertos ámbitos, se puede preferir que los jueces y tribunales del Estado sean los únicos competentes para resolver el conflicto, dado que, si adoptan una solución polémica, la comunidad política tendrá más garantías de que se ofrece un grado adecuado de rendición de cuentas. En cambio, en el arbitraje, este principio no se proyecta con tanta fuerza.

En efecto, en caso de que el conflicto se resuelva por un tribunal de justicia, generalmente se dispondrá de la posibilidad de deducir un recurso ante un tribunal superior, de modo que habrá más “filtros”, que puedan reducir el margen de error en asuntos en los que no se quiere correr el riesgo de que se produzcan equivocaciones. Se puede argumentar que la cláusula de vulneración del orden público permitiría anular laudos que condenen al pago de una gran cuantía sin un fundamento válido, pero en este caso se dependería de la interpretación casuística de los tribunales de justicia, que, en general, han interpretado este concepto de

---

<sup>570</sup> “Conforme al Decreto nº 112-A/2011, de 22 de marzo de 2011 (portaría nº 112-A/2011, de 22 de março de 2011, *Diário da República*, série I, nº 57), la competencia de los tribunales arbitrales en materia tributaria basada en el artículo 4, apartado 1, del Decreto-ley nº 10/2011 es obligatorio para la administración fiscal en los asuntos cuya cuantía litigiosa sea inferior a 10.000.000 de euros”, Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 8 de abril de 2014, Asunto C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA* contra *Autoridade Tributária e Aduaneira*.

forma restrictiva. Por lo tanto, el legislador puede preferir establecer un límite claro en la ley, como hace la legislación portuguesa sobre arbitraje público.

En segundo lugar, a pesar de que el TJUE ha considerado que el arbitraje público previsto por la legislación portuguesa cumple el requisito de “permanencia”, ha reconocido que el tribunal arbitral que resuelve cada caso es “efímero”. De este modo, la exigencia de responsabilidades puede dificultarse, por cuanto el tribunal arbitral “desaparece” una vez ha dictado el laudo. En cambio, el poder judicial es permanente a todos los efectos, forma parte del Estado, y puede asumir y afrontar mejor las críticas que puede implicar una determinada decisión, incluso si implica una condena pecuniaria de gran cuantía, que tenga una gran afectación en la Hacienda pública.

### b) Legitimidad democrática

Esta misma idea puede aplicarse a las controversias en las que la actuación administrativa reviste una especial legitimidad democrática y, por lo tanto, la figura de la deferencia judicial cobra gran protagonismo. Ejemplos de estos conflictos serían todos los que tienen que ver con el ejercicio de la potestad reglamentaria (desde impugnación de reglamentos de desarrollo de una ley o planes urbanísticos, ambientales o de protección del patrimonio artístico), con reclamaciones patrimoniales contra el Estado-legislador o relativos a expropiaciones forzosas en los que se cuestiona la concurrencia de una causa de “utilidad pública”.

Como punto de partida, debe advertirse que el arbitraje comparte un rasgo con la jurisdicción que es importante a efectos de su legitimidad democrática. Como ha Santiago Muñoz Machado<sup>571</sup>, un tribunal de justicia estatal goza de una legitimidad democrática “de ejercicio”. En la medida en que los árbitros llevan a cabo una actividad asimilable a la jurisdiccional, su función también se halla impregnada de esta legitimidad de ejercicio. Como explica Eduardo García de Enterría, la legitimidad democrática del juez se deriva del hecho de que aplica el ordenamiento jurídico, como expresión del principio democrático, y no del hecho de que sea parte del Estado. Desde este punto de vista, pues el arbitraje público no presentaría ningún problema, puesto que los árbitros aplicarían el mismo ordenamiento jurídico legitimado democráticamente<sup>572</sup>.

---

<sup>571</sup> “La vinculación del juez a la ley no es solo la base de su independencia, sino también de su legitimación. *Las decisiones que adopta deben ser respetadas y ejecutadas porque traen su razón legítima de la ley que aplican.* Frente al legislativo y el ejecutivo, que gozan de una legitimación originaria, por su relación inmediata o mediata con el pueblo, el poder judicial goza de una legitimación democrática que, justamente, puede denominarse «de ejercicio», en cuanto que se construye a partir de la función de aplicación de la ley que los tribunales están llamados a desempeñar”, Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 176.

<sup>572</sup> Para García de Enterría, sin embargo, “la posición del juez frente a los administradores no es tampoco fruto de ninguna superioridad moral; procede, simplemente, de su condición de órgano de la Ley y del Derecho, que son la verdadera y estable expresión de la voluntad general y que, como tales, someten plenamente a la Administración pública en cualquiera de sus manifestaciones, en los términos que, en caso de conflicto, al juez

Sin embargo, es cierto que los tribunales de justicia del poder judicial, en particular los situados en su cúspide, gozan de una legitimidad democrática “indirecta”, distinta de la de ejercicio, de la que no gozan los tribunales arbitrales. Así, por ejemplo, el presidente del Tribunal Supremo es nombrado por el Rey a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (artículo 123.2 CE), un órgano cuyos miembros son elegidos, parcialmente, por las Cortes Generales (artículo 122.3 CE)<sup>573</sup>.

En este contexto, procede preguntarse si hay alguna razón de *oportunidad* por la que pueda apreciarse que los tribunales de justicia deben tener el monopolio de controlar la actuación administrativa teñida de legitimidad democrática.

Se podría considerar que la tarea de acotar el ámbito en el que se debe mostrar deferencia hacia la actuación administrativa por razones democráticas es más “delicada” que la de hacer lo mismo con respecto a “legitimidad técnica”. Desde este punto de vista, el legislador puede estimar que es preferible que siempre sea la justicia estatal la que lleve a cabo esta difícil tarea de delimitar el campo en el que la actuación administrativa es digna de deferencia por razones de legitimidad democrática. En efecto, esta solución permite identificar más fácilmente a los responsables de estas decisiones y, por lo tanto, se puede ejercer un control más “sistemático”, igual que ocurre con los casos en los que se aprecia necesidad de jurisprudencia.

Cuando trataba este último criterio de arbitrabilidad, he abordado la posible objeción según la que la apertura al arbitraje comporta el riesgo de que desaparezcan los litigos ante los tribunales estatales, y, en consecuencia, se elimine la capacidad de estos para generar jurisprudencia en un determinado ámbito. Como he señalado, sin embargo, este riesgo es prácticamente inexistente. Lo que resulta interesante es que Víctor Ferreres Comella da la vuelta a esta preocupación y señala que, en realidad, el trasvase de casos de la jurisdicción al arbitraje es positivo para el sistema de precedentes, puesto que abre un espacio de experimentación, de búsqueda de nuevas soluciones por parte de los árbitros, “en la medida en que los efectos de sus decisiones están limitados a las controversias específicas y no vinculan, por ello, a otros decisores<sup>574</sup>”. Por otro lado, el control judicial limitado del laudo también permitiría la introducción de nuevos enfoques, que no se verían aniquilados tan fácilmente como los que puede adoptar un juez de primera instancia imaginativo.

Pues bien, un criterio que podría orientar al legislador es este: no conviene permitir el arbitraje en ámbitos en los que la sociedad solo toleraría “experimentos” si estos son realizados por

---

toca precisar según el sistema constitucional de poderes” García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, 171.

<sup>573</sup> Debo esta observación a Víctor Ferreres Comella.

<sup>574</sup> Ferreres Comella, «Arbitraje, democracia y Estado de Derecho: algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», 10

parte de un funcionario público, como es un juez, en la medida en que hay más garantías de que se produzca una rendición de cuentas adecuada.

Pensemos, por ejemplo, en un caso de derecho de extranjería: ¿aceptaría la comunidad política una resolución arbitral imaginativa respecto a la interpretación del concepto “arraigo”<sup>575</sup>? ¿O en un litigio sobre una expropiación forzosa en el que se cuestiona la utilidad pública de una determinada infraestructura ferroviaria?

Otro ejemplo sería el de un plan urbanístico de carácter general para todo un municipio, que es llevado ante los tribunales. Tanto si el recurso lo interpone una organización ecologista, basándose en que se ha omitido un trámite ambiental preceptivo, como si lo interpone un particular que, acogiéndose al mismo motivo, pretende anular la clasificación de los terrenos de su propiedad porque no le permite edificar, el Tribunal deberá enjuiciar una actuación administrativa con un marcado carácter democrático y su decisión tendrá una gran repercusión en la comunidad política en cuestión (en este caso, en el municipio y/o región e, indirectamente, en la sociedad en su conjunto).

De hecho, tal y como se ha ocupado de estudiar con detenimiento la doctrina administrativista, la anulación de planes urbanísticos no sólo representa una decisión muy relevante de censura sobre el ejercicio de la potestad de planeamiento. Una anulación judicial de este tipo también trae consigo un conjunto importante de problemas<sup>576</sup> y puede parecer indicado que esta responsabilidad exija que la decisión sea tomada por un tribunal de justicia, dado que puede responder con más garantías frente a la sociedad que un árbitro<sup>577</sup>.

Por último, puede aludirse al ejemplo de los arbitrajes de inversiones internacionales. Como he señalado anteriormente, se ha reconocido una gran similitud entre muchos de estos arbitrajes y los litigios que pueden tener lugar ante un órgano judicial contencioso-administrativo o ante el Tribunal Constitucional<sup>578</sup>. La polémica que ha acompañado muchos

---

<sup>575</sup> Un término utilizado, por ejemplo, en el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.

En estos supuestos no será exigible el visado.

<sup>576</sup> Gabriel Soria Martínez y Martín Bassols Coma, eds., *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico* (Pamplona: Aranzadi, 2017).

<sup>577</sup> “el poder judicial, lejos de presentarse ahora «en quelque façon nul» como quisieron los primeros constitucionalistas, se ha rehecho convirtiéndose en un poder terrible, capaz de cuestionar cualquier decisión de legislativo o del ejecutivo. No es posible que una tarea de tal envergadura pueda desarrollarse de cualquier manera, incluso arbitrariamente o sin sometimiento a regla alguna y que ello no conlleve responsabilidades personales”, Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 188.

<sup>578</sup> Ver, en este sentido, la bibliografía citada en la nota 277.

arbitrajes de inversiones internacionales creo que se explica en gran parte porque los casos que se ventilan en estos procedimientos no pasarían el filtro del criterio de necesidad de una mayor rendición de cuentas por razones democráticas. En efecto, determinar si un Estado ha violado las cláusulas de un tratado de inversión internacional con la aprobación de una determinada ley constituye, sin duda, una tarea en la que la legitimación democrática que reviste esta ley tiene una gran relevancia. Este tipo de supuestos tienen equivalentes en el ámbito interno: un recurso contencioso-administrativo contra un reglamento o una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Estado-legislador. Es probable que el legislador, en aplicación del criterio que aquí propongo, no abra la puerta al arbitraje público en este tipo de controversias, puesto que se trata de ámbitos en los que la exigencia de rendición de cuentas es más elevada que en otras áreas del derecho, y los tribunales de justicia tienen una mayor capacidad para responder a esta exigencia.

En conclusión, en los supuestos en los que la resolución del conflicto puede implicar una condena pecuniaria de gran cuantía, que pueda afectar gravemente a la Hacienda pública, o se refieren a ámbitos en los que la actuación administrativa goza de una especial legitimación democrática, puede parecer conveniente reservar exclusivamente a los tribunales estatales la competencia. A pesar de que los árbitros también ostentan la legitimidad democrática “de ejercicio” que tienen los tribunales de justicia, estos últimos gozan de una mayor legitimidad democrática, derivada de su relación con el poder legislativo, y se integran en un poder judicial permanente, en el que es más fácil identificar el origen de una determinada decisión, y, en su caso, se puede articular con más garantías la rendición de cuentas propia de todo sistema democrático.

Además, el sistema judicial estatal ofrece, generalmente, la posibilidad de deducir un recurso plenario ante un tribunal superior, lo que reduce el riesgo de que se cometan errores. En algunas controversias, como las que sobrepasan una determinada cuantía pecuniaria, la comunidad política puede considerar que no quiere correr el riesgo de que la Hacienda pública se vea afectada por estos errores y, por lo tanto, vete el recurso al arbitraje de forma expresa en las controversias que versen sobre una cantidad superior a un determinado umbral.

## VIII. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL ARBITRAJE PÚBLICO

Anteriormente he argumentado que es conveniente que el arbitraje público sea regulado en una ley general. Para algunos, se trata de una exigencia constitucional, dado que la renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva que constituye acudir a arbitraje requiere la intervención del legislador<sup>579</sup>. Para otros, esta ley sería la herramienta imprescindible para regular “una institución del Derecho privado que ha de sufrir importantes modulaciones en su acomodación al Derecho administrativo<sup>580</sup>”. Pero, desde el punto de vista pragmático, esta también es la mejor opción: una ley general de arbitraje público es el mejor antídoto contra las dudas doctrinales que envuelven la figura y contra los recelos que pueden albergar muchos operadores jurídicos hacia una figura muy desconocida en el sector público, un auténtico “extraño invitado”. Partiendo de la premisa de que el arbitraje público puede contribuir a que se halle un equilibrio razonable entre el “interés general” y la “protección de los intereses económicos”, Stephan Schill subraya la importancia de que el arbitraje público se inserte en un marco aceptado como legítimo por la comunidad política<sup>581</sup>. La ley general de arbitraje público podría contribuir a forjar este marco.

En este capítulo abordo los aspectos más relevantes que considero que debería regular la ley general de arbitraje público. El texto normativo podría tomar como modelo la disposición final de la LJCA. Según este precepto, la LEC resulta de aplicación supletoria en todo aquello que no se regule en la LJCA. Siguiendo el mismo esquema, la ley de arbitraje público contendría una cláusula similar, según la que la LArb 2003 regiría con carácter supletorio y, en caso de que esta ley tampoco regulara la cuestión, se aplicaría la LJCA<sup>582</sup>. Antes de exponer los aspectos que deberían ser regulados en esta ley general de arbitraje público, conviene analizar si, con la legislación vigente<sup>583</sup> en la mano, sería posible celebrar un arbitraje de este tipo.

---

<sup>579</sup> Con cita de doctrina a favor, Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 154.

<sup>580</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 68.

<sup>581</sup> Stephan W. Schill, «Erodierung des Öffentliches Rechts durch öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren?», en *Risiko im Recht - Recht im Risiko. 50. Assistententagung Öffentliches Recht* (Baden-Baden: Nomos, 2011), 283.

<sup>582</sup> En el sentido de ver la ley de arbitraje de 1988 como un modelo que “orienta sobre aquellos aspectos que tendrían que ser objeto de un tratamiento apropiado en una Ley *ad hoc* que a tal efecto se dictase”, López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 8.

<sup>583</sup> En páginas anteriores ya he hecho referencia a preceptos de la legislación vigente que aluden al arbitraje en el sector público. En esta tesis me he decantado por una forma de exposición distinta a la habitual en la doctrina sobre la materia. Normalmente, la exposición del conjunto de preceptos relativos al arbitraje público constituye la primera parte de los trabajos doctrinales, como por ejemplo en la monografía de Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 149. En mi opinión, es mejor no dedicar un capítulo a la exposición de estos preceptos. De este modo, se facilita la formulación del discurso, dado que el conjunto que forman estas previsiones legislativas es tan caótico que es

## 1. La “timidez legislativa”<sup>584</sup> en el arbitraje público

En el capítulo sobre la constitucionalidad del arbitraje público he explicado que, para diversos autores, esta institución solo resultará conforme a la norma fundamental si una ley lo regula. En este contexto, debe determinarse si la LArb 2003, u otra ley, pueden ser consideradas como esta ley general o, por el contrario, debe aprobarse una nueva ley general de arbitraje público.

### a) Punto de partida

El Derecho positivo español no acoge ninguna regulación general de la figura del arbitraje público, es decir, ninguna norma que *explícitamente* establezca las normas básicas de funcionamiento de este instituto desde una perspectiva general. Lo único que encontramos son referencias inconexas y repartidas en distintas leyes, de las que resulta difícil extraer una conclusión clara respecto al régimen aplicable a este tipo de arbitraje.

Ninguna de las tres normas básicas del Derecho administrativo español (LPAC, LRJSP y LJCA) contiene alusión alguna al arbitraje público. Si bien es cierto que la LPAC prevé en su artículo 115 una mención al “arbitraje”, en realidad no se trata de un arbitraje público auténtico, sino de una modalidad de recurso administrativo, tal y como he explicado en el capítulo I.

Sin embargo, hay que destacar que en el año 2001 hubo un intento de poner fin a esta situación. Se redactó un borrador de Ley de arbitraje administrativo, del que se conocen dos versiones, la de 5 de septiembre y la de 21 de diciembre de 2001. Se puede considerar que este texto, que no llegó ni a formalizarse como anteproyecto de ley, regulaba el arbitraje administrativo en sentido estricto. Es decir, partía de su caracterización como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, también se preveía la sustitución de la vía administrativa previa. A pesar de que este borrador no llegó a convertirse en ley, puede resultar de interés para las cuestiones que trato en este capítulo, bien como modelo a seguir o como elemento de crítica.

Pues bien, procede preguntarse si la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LArb 2003), constituye una base válida para celebrar un procedimiento de arbitraje del sector público. A primera vista, podría parecer que una norma como esta, proveniente del mundo de las relaciones jurídicas calificadas como “privadas” o, muy a menudo, “mercantiles”, no lo es, pero, como veremos, la cuestión dista de estar clara.

---

mejor citarlas cuando se esté hablando de la cuestión en concreto de la que tratan (como por ejemplo he hecho con las previsiones en materia de contratos del sector público).

<sup>584</sup> Esta es la gráfica expresión que propuso Víctor Ferreres Comella para titular el capítulo, todavía no publicado, del que también es coautor quien firma esta tesis, *Private-Public Arbitration in Spain: Legislative Timidity in the Shadow of the Constitution*, en Stephan Schill (ed.), (título provisional) *Comparative Constitutional Law of Private-Public Arbitration* (Oxford: Oxford University Press).

i. *Ley modelo CNUDMI*

De entrada, hay que destacar que la LArb 2003 se inspira, según declara su propia exposición de motivos, en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo CNUDMI). Sin embargo, a pesar de que las relaciones mercantiles internacionales sean el motivo principal por el que la ley ve la luz, se opta por un régimen único o monista, en vez de uno de dual, que distinga entre arbitraje interno y arbitraje internacional.

De acuerdo con el artículo 1(1) de la Ley modelo CNUDMI, esta se aplicará al “*arbitraje comercial internacional*” (en mi opinión, la traducción más adecuada a nuestra tradición jurídica sería arbitraje “mercantil internacional”). En este extremo, sin embargo, el legislador español se ha apartado de la Ley modelo y no ha seguido el mismo camino que otros países como Alemania y no ha incluido como requisito de aplicabilidad de la Ley de Arbitraje el carácter “mercantil” (“*commercial*”) de la controversia.

Sin embargo, resulta de interés traer a colación qué han entendido los redactores de la Ley modelo por “*commercial*”. Si bien no se incluye ninguna definición dentro del texto articulado, sí se ofrece una nota a pie de página que explica que el término “*commercial*” debe ser objeto de una interpretación extensiva<sup>585</sup>. Tal y como señala Gary Born, esta explicación confirma el ámbito de aplicación “extremadamente amplio” del término “commercial”. Según este autor, en él se incluirían todo tipo de servicios comercio, inversión, financiación y servicios. Pero lo que resulta más relevante, a efectos de nuestro estudio, es que Born considera que el término se aplica “sin atención a la naturaleza o forma de las pretensiones de las partes y solo se fija en la caracterización de la transacción o conducta subyacente<sup>586</sup>”.

Asimismo, el autor citado señala que la clara tendencia en las legislaciones sobre arbitraje es ir, o bien hacia una definición expansiva del término mercantil, o bien directamente hacia la eliminación de este requisito. En cualquier caso, cada vez tienen menos fuerza las distinciones de lo mercantil basadas en la competencia de los tribunales mercantiles o el ámbito de aplicación de los códigos mercantiles. Se ha adoptado una perspectiva que prácticamente incluye todos los convenios arbitrales referidos a los negocios y o a intereses o actividades económicas<sup>587</sup>.

---

<sup>585</sup> “The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.”

<sup>586</sup> *International Commercial Arbitration*, I:308.

<sup>587</sup> *Ibid.*, I:312.

De acuerdo con la visión de Born, no debe atenderse a la calificación formal que recibe una pretensión en el derecho interno, como podría ser la basada en la distinción entre derecho privado y derecho administrativo. Al contrario, el término “mercantil” utilizado en la Ley modelo, igual que en la Convención de Nueva York, debe ser interpretado en un sentido amplio y expansivo.

Siguiendo este esquema, podemos plantearnos si muchas pretensiones calificadas como de derecho administrativo en España no se hallarían bajo el ámbito de aplicación de la Ley modelo (podríamos pensar en la contratación administrativa, la gestión urbanística o el derecho del patrimonio, entre otros ámbitos).

*ii. Exposición de motivos y tramitación parlamentaria*

Para dilucidar si la LArb 2003 constituye un punto de apoyo válido para el arbitraje público también debe tenerse en cuenta su interpretación sistemática y teleológica.

En primer lugar, ante la disyuntiva de prever un régimen general y supletorio o regular el arbitraje estrictamente privado, la Ley de arbitraje se inclina por la primera opción, tal y como se deduce de los apartados primero y tercero de su artículo 1. El apartado 1 señala que la ley se aplicará “a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español”, sin especificar si debe ser un arbitraje sobre materia mercantil o civil, y el apartado 3 prevé que la ley “será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes”. El único tipo de arbitraje que explícitamente se excluye de su ámbito de aplicación es el arbitraje laboral (art. 1.4)<sup>588</sup>.

En este sentido, la exposición de motivos de la Ley de arbitraje declara literalmente que, “en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje ordinario y arbitrajes especiales, esta ley pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad”.

En segundo lugar, para conocer las intenciones del legislador con la aprobación de la LArb 2003, e identificar así las finalidades que se persiguen, puede resultar de ayuda consultar los documentos de la tramitación parlamentaria de su precedente inmediato, la Ley de arbitraje de 1988. Concretamente, se pueden destacar dos enmiendas que se presentaron en el Congreso de los Diputados y en el Senado, respectivamente. En la nº 208, presentada en el Congreso por el Grupo Coalición Popular, se proponía añadir al artículo 1 del proyecto de ley<sup>589</sup>, “después de personas naturales o jurídicas, «públicas o privadas».

---

<sup>588</sup> Gary Born pone la Ley de arbitraje española como ejemplo de este tipo de regulación en *Ibid.*, I:309, nota 454.

<sup>589</sup> “Las personas, naturales o jurídicas, tienen derecho a solucionar, previo convenio, las cuestiones litigiosas de su libre disposición por medio de uno o varios árbitros cuya decisión se obligan a aceptar”.

La justificación de esta propuesta era que, de este modo, se garantizaba “el posible recurso al arbitraje, previsto por el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, que marca una tendencia aperturista frente al viejo sistema de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, aún no desarrollado, con grave perjuicio del derecho de los administrados”. Asimismo, se añadía que, con esta enmienda, también se ofrecería “un punto de apoyo a la normativa más reciente, favorable a la utilización del arbitraje en la contratación administrativa internacional, y se recoge lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio de Ginebra de 1961 parte de nuestro propio ordenamiento (artículo I.5 del Código Civil) desde 1975<sup>590</sup>”.

Antonio M<sup>a</sup> Lorca Navarrete considera que esta enmienda era puramente “ilustrativa”, puesto que el término persona jurídica no excluye que se trate de una persona jurídica pública. Además, la ve como redundante, porque precisamente el Convenio de Ginebra de 1961 atribuye expresamente la capacidad a las personas jurídicas públicas para someterse a arbitraje<sup>591</sup>. Ahora bien, hay que señalar que el Convenio solo trata los arbitrajes civiles y mercantiles.

Por otra parte, en el Congreso, el Grupo Parlamentario Vasco (PNV) presentó la enmienda n<sup>o</sup> 1 al artículo 2.4 del proyecto de ley<sup>592</sup>, en la que se proponía “añadir, al final del apartado, la siguiente exposición: «... y, en general los establecidos o que se establezcan en normas de Derecho Público para la resolución de las cuestiones derivadas de su aplicación.»”. La justificación de la enmienda era la “Mejora técnica del proyecto en punto a la delimitación del campo de aplicación. Superación de algunas incongruencias del proyecto<sup>593</sup>”. Como puede verse, en esta enmienda se sobreentiende que este grupo parlamentario consideraba posible regular un arbitraje público.

Como no sabemos por qué fueron rechazadas estas enmiendas, resulta difícil concluir si el legislador pretendía excluir o incluir el arbitraje público de la regulación general del arbitraje, contenida primero en la LA 1988 y después en la LArb 2003.

### *iii. Opiniones doctrinales*

La cuestión de si la legislación general de arbitraje (antes, la LA 1988 y ahora, la LArb 2003) puede considerarse como la regulación aplicable al arbitraje público (y, en especial, al arbitraje público que sustituye un proceso contencioso-administrativo), ha recibido la atención de la mayor parte de autores que han estudiado esta figura.

---

<sup>590</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, n<sup>o</sup> 69-5, de 17 de marzo de 1988, Serie A: proyectos de ley, 75. Esta enmienda no fue estimada, pero el informe de la ponencia del Congreso de los Diputados no refleja la razón de este rechazo, Boletín Oficial de las Cortes Generales n<sup>o</sup> 69-7, de 17 de junio de 1988, 98.

<sup>591</sup> Lorca Navarrete, «El arbitraje entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited», 365.

<sup>592</sup> “Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales”.

<sup>593</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, n<sup>o</sup> 69-5, de 17 de marzo de 1988, Serie A: proyectos de ley, 18. Esta enmienda tampoco prosperó.

En general, los autores que han abordado el tema no cuestionan que la Ley de Arbitraje de 2003 sirva para amparar a los conflictos del sector público que tienen como parte a una entidad pública con forma jurídica privada<sup>594</sup>. Sin embargo, generalmente se ha considerado que “los actos preparatorios de la actuación de los entes públicos sometidos a Derecho privado” son una materia que no es de libre disposición y por lo tanto no resultaría aplicable la ley referente a los arbitrajes privados<sup>595</sup>. Este razonamiento resulta muy cuestionable desde la perspectiva material que defiende, que consiste en contemplar el sector público como un todo, independientemente de la forma jurídica que adopte el poder público<sup>596</sup>.

A la vez que se ha reconocido, en general, la aplicabilidad de la LArb 2003 a los litigios del sector público en los que se aplica el derecho privado, se han mostrado muchas dudas a la capacidad de la LArb 2003 para dar cobertura a un arbitraje “contencioso-administrativo”, es decir al arbitraje público en el que la controversia se califica de derecho administrativo.

Alejandro Huergo Lora sostuvo, en relación con la LA 1988, que esta no incluía el arbitraje contencioso-administrativo dentro de su ámbito de aplicación. A favor de esta conclusión citaba dos motivos: la concepción de la figura que se deducía de la Exposición de motivos (un arbitraje únicamente de derecho privado) y el hecho de que los órganos judiciales llamados a asistir el arbitraje eran del orden judicial civil<sup>597</sup>. La exposición de motivos de la vigente LA 2003 no es tan explícita como la de 1988, en la que interesaba destacar que la ley también servía para los litigios mercantiles, no solo los civiles. En todo caso, hay que reconocer que Huergo tiene razón cuando explica por qué la LA 1988 eliminó el complemento “de Derecho privado” de su título: en 1953 resultaba necesario aclarar que la ley de arbitraje era solo aplicable a los litigios de Derecho privado porque, en aquel momento, existían otro tipo de mecanismos de resolución de controversias calificados impropialemente como arbitrales<sup>598</sup>.

---

<sup>594</sup> “Si nos referimos a las posibilidades del arbitraje en el ámbito de la actividad privada de la Administración o de sus entes instrumentales nos encontramos, seguramente, ante un problema menor cuya plena solución sólo precisaría, a lo sumo, de una mera puesta a punto, bien sobre la base de la actual Ley de Arbitraje de 1988 o mediante una Ley específica que pudiera dictarse, aunque no se ve que merezca el esfuerzo crear una Ley sólo para resolver litigios privados de la Administración”, López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 11.

<sup>595</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 89.

<sup>596</sup> En este sentido, con cierta contradicción con la cita anterior, López Menudo considera que, “no obstante, supuesta la hipótesis de que el legislador se ocupara en el futuro de regular la institución del Arbitraje administrativo parece ocioso indicar que tendría que abordar conjuntamente cualquier tipo de controversia relacionada con los Entes Públicos, dadas las concomitancias que siempre existen entre lo público y privado cuando es protagonista la Administración, y habida cuenta el absurdo que supondría reproducir en la ordenación del arbitraje la separación de competencias que rige en los órdenes jurisdiccionales”, López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 11.

<sup>597</sup> *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 169-71.

<sup>598</sup> *Ibid.*, 170.

Así pues, según Huergo Lora, el arbitraje administrativo, entendido “provisionalmente” como aquél que resuelve materias competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa “no es, por tanto, posible, y ello por una razón de principio, es decir, por no estar contemplado por la LA [LArb 1988], sin necesidad de recurrir al requisito de la disponibilidad de la materia<sup>599</sup>”.

Francisco López Menudo, por otra parte, consideraba que la antigua LArb 1988 no excluía que una de las partes fuera una administración pública, pero distinguía esta cuestión del debate en torno a qué materias son arbitrables, además de defender la necesidad de una ley específica de arbitraje público. Es decir, creía que en estos casos sí sería aplicable la ley de arbitraje relativa a las controversias entre particulares (por aquel entonces, la LArb 1988), pero que, en el fondo, no parecía lo más adecuado. Para este autor, la LArb 1988 estaba “concebida para un mundo de relaciones jurídicas regido por principios e intereses muy distintos de los que son inherentes a aquel en que se mueven las Administraciones y demás Entidades públicas”, de modo que no podía ofrecer respuesta a los “problemas esenciales que plantearía un arbitraje de Derecho Público en sentido propio”. Así pues, concluía, “un arbitraje administrativo análogo al regulado en la Ley 36/1988 exigiría una Ley específica<sup>600</sup>”.

Joaquín Tornos Mas, en cambio, opinaba que LA 1988 no era aplicable en su totalidad al arbitraje administrativo, pero coincidía con la conclusión última de López Menudo: la necesidad contar con una regulación especial que se basara en el modelo del arbitraje privado, con algunas variaciones<sup>601</sup>. Solo algunos autores, como Isabel Ballesteros Panizo, sostienen que la Ley de arbitraje de 2003 sí serviría para un arbitraje en sustitución de un proceso contencioso-administrativo, porque, según argumenta, las controversias que serían resueltas por el arbitraje siempre estarían relacionadas con derechos subjetivos<sup>602</sup>.

#### *iv. Conclusión*

En mi opinión, de la parquedad de la LArb 2003 es difícil extraer una conclusión categórica, en un sentido u otro. Como he dicho, la ley únicamente excluye expresamente de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales. En este mismo sentido se había pronunciado López

---

<sup>599</sup> Ibid., 173. El mismo autor recoge opiniones en sentido contrario en Ibid., 169.

<sup>600</sup> López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 6-7.

<sup>601</sup> Tornos Mas, «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», 177.

<sup>602</sup> Tras analizar los artículos 2.1 y 9.1 LArb 2003, esta autora extrae “una conclusión definitiva sobre el ámbito de aplicación objetivo del arbitraje. En efecto, de lo expuesto se concluye que pueden ser objeto de arbitraje aquellas pretensiones fundadas en la afirmación sobre la titularidad de un derecho subjetivo, siendo siempre el límite de referencia el principio de no afectación a terceros. Son tres, por tanto, los conceptos clave: pretensión, titularidad y derechos subjetivos”, Ballesteros Panizo, *El arbitraje de derecho público*, 171.

A favor de la aplicabilidad de la LA 1988 al ámbito administrativo también se pronunció Luis Muñoz Sabaté, quien defendió la “perfecta aplicabilidad de la Ley de Arbitraje a la Administración cuando la misma decida someterse a través de sus peculiares mecanismos a este sistema heterocompositivo” Luis Muñoz Sabaté, *Jurisprudencia arbitral comentada (Sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991)* (Barcelona: Bosch, 1992), 22.

Menudo, que sostenía que la LA 1988 se diferenciaba precisamente de la antigua Ley de arbitraje privado de 1953 en el hecho de que esta última excluía expresamente de su ámbito de aplicación los arbitrajes de Derecho público<sup>603</sup>, mientras que la LA 1988 “no sólo prescinde de esa adjetivación en su título<sup>604</sup> sino que su artículo 1 contempla una fórmula abierta (“personas naturales o jurídicas”) que no excluye, al menos desde el punto de vista subjetivo, la posibilidad de que una de las personas contendientes sea precisamente la Administración Pública<sup>605</sup>”. Sin embargo, este autor detectaba a la vez una “carencia palpable de respuestas o soluciones en la Ley 36/1988 a los problemas esenciales que plantearía un arbitraje de Derecho Público en sentido propio”.

Partamos, por ahora, de la hipótesis de que efectivamente un arbitraje de este tipo se incluye dentro del ámbito de aplicación de la Ley de arbitraje de 2003. En este escenario, igualmente nos tendríamos que preguntar si la controversia concreta es arbitrable, es decir, si el ordenamiento jurídico permite que se resuelva mediante arbitraje, en sustitución de una resolución jurisdiccional. En este caso, no se discute que la Ley de arbitraje sea aplicable, sino que se cumpla el requisito principal previsto en ella para que sea posible el arbitraje: que la controversia sea de “libre disposición conforme a derecho”.

Como he indicado anteriormente, el criterio de la disponibilidad no puede trasladarse al ámbito del sector público como criterio de arbitrabilidad. Entonces, si el único criterio de arbitrabilidad previsto en la Ley de arbitraje no puede aplicarse a las controversias surgidas en el sector público, ¿qué criterio de arbitrabilidad se aplicará? Sin duda, la inseguridad jurídica que provoca esta situación es uno de los motivos por los que debería aprobarse una ley general de arbitraje público o, por lo menos, una ley que establezca qué criterios de arbitrabilidad son aplicables en el sector público.

Mientras tanto, el escenario permanece abierto a los operadores jurídicos que quieran arriesgarse en los campos donde otras leyes parecen haber abierto las puertas al arbitraje, como sucedía antes de la entrada en vigor de la LCSP 2017 en relación con ciertas controversias de contratación pública (artículo 50 TRLCSP, equivalente al artículo 39 LCSP 2007).

## b) Comentario general a las disposiciones vigentes sobre arbitraje del sector público

Procede ahora hacer un comentario general de las previsiones de la legislación administrativa concernientes al arbitraje público “auténtico”, a las que me he referido a lo largo de este

---

<sup>603</sup> Concretamente, el artículo 1, inciso 2º, de la ley de 1953 preveía que “Los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho Público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquiera otra índole, continuarán sometidos a las disposiciones porque se rigen”.

<sup>604</sup> La adjetivación “de Derecho privado”.

<sup>605</sup> López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 6.

trabajo. En todas ellas se identifica una desconfianza o recelo hacia el arbitraje muy notable, que se expresa a través de distintas formas:

Por un lado, muchas de estas previsiones exigen requisitos procedimentales gravosos: es el caso de la autorización del Consejo de Ministros o el acuerdo a favor de la mayoría absoluta del pleno municipal que exige la legislación presupuestaria y de patrimonio. Por otro lado, cuando estos preceptos pueden interpretarse como aperturas al arbitraje en ciertas materias, la conclusión es que su ámbito de aplicación es notablemente restringido. Este sería el caso de la DA 1ª LCSP 2017, que solo se refiere al arbitraje en algunos supuestos de contratación internacional, o el antiguo artículo 50 TRLCSP 2011, que permitía (o confirmaba la posibilidad) de utilizar el arbitraje respecto a los efectos, cumplimiento y extinción de contratos celebrados por entidades del sector público que no sean Administración pública.

Resulta interesante comprobar que el artículo 50 del antiguo TRLCSP 2011 tenía un ámbito no coincidente con las regulaciones de la LGP, LPAP y normas autonómicas equivalentes. En efecto, el artículo 7.3 LGP establece el requisito de autorización del Consejo de Ministros respecto a controversias en torno a derechos de la hacienda Pública estatal. Como estos derechos sólo pueden ser titularidad de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, la habilitación del TRLCSP 2011 no les resultaba aplicable en toda su extensión. El artículo 50 de esta norma, como ya hemos señalado, se refiere precisamente a entidades del sector público que no son estrictamente titulares de derechos de la Hacienda Pública estatal: Así pues, si el artículo 50 TRLCSP 2011 se interpretaba como una apertura al arbitraje, una autorización, entonces, *sensu contrario*, prohibía implícitamente la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos que celebraran la Administración General del Estado y sus organismos autónomos. A la vez, la LGP preveía y sigue previendo un requisito para someter a arbitraje derechos de la Hacienda pública.

Lo que podía parecer una contradicción a primera vista, no lo era. La LGP deja muy claro, en su artículo 4.2.g), que “el régimen general de la contratación de las entidades integrantes del sector público estatal” constituye uno de los ámbitos que se someten a su “normativa específica”. Por lo tanto, debemos entender que la prohibición de arbitraje implícita mencionada solo se aplicaba respecto a los contratos que celebran la Administración General del Estado y sus organismos autónomos. La LGP se limita a establecer un requisito con carácter general para el arbitraje. A su vez, la DA 1 LCSP 2017, en relación con la contratación extranjera, también es normativa específica y elimina el requisito de la autorización del Consejo de Ministros.

En vista de lo expuesto, la cuestión sería la siguiente: ¿constituye el artículo 7.3 LGP una habilitación genérica para el arbitraje público? Primero de todo, debe tenerse presente que, si fuera así, solo lo sería para la Administración General del Estado y sus organismos autónomos. Entonces, ¿qué sucedería con el resto de entidades del sector público?

Para Juan Manuel Trayter, el escenario que ofrecía el Derecho positivo en 1997 llevaba a concluir que hasta la entrada en vigor del art. 107.2 LRJPAC 1992 “no estaba prohibido el arbitraje cuando una de las partes era una Administración Pública sometida al Derecho

administrativo, pero, sin embargo, esa posibilidad estaba adornada, en ocasiones, de un cúmulo de requisitos<sup>606</sup>”.

No obstante, tal y como ha advertido Alejandro Huergo Lora, “sólo se puede condicionar a determinados requisitos procedimentales lo que previamente se ha autorizado o es en todo caso lícito<sup>607</sup>”. Desde este punto de vista, resulta obvio que la LGP no contiene ninguna regulación genérica del arbitraje administrativo. Además, el autor citado recogía otro argumento en contra la interpretación de que la LGP constituía una habilitación genérica. El artículo equivalente al actual 7.3 provenía de una ley preconstitucional, la LGP de 1977, que no había tenido en cuenta la existencia de “una norma constitucional que hiciera necesaria una previsión legal expresa del arbitraje<sup>608</sup>”. Hoy en día, sin embargo, este argumento ya no resulta válido, porque la vigente LGP es posconstitucional y ha mantenido la previsión de referencia en los mismos términos<sup>609</sup>.

Por otro lado, este mismo autor pone de manifiesto que no resulta fácil considerar que la LGP habilita genéricamente el arbitraje cuando lo que está haciendo es “rodear al arbitraje administrativo de unas cautelas especiales respecto al régimen normal de esta figura”. En su opinión, no parece convincente interpretar que la LGP es una “norma más generosa que la propia LA” (refiriéndose con “LA” a la LA 1988). Según Huergo, “la *voluntas legislatoris* de la LGP es limitativa, preventiva, lejana en todo caso de la idea de introducir *ex novo* el arbitraje de Derecho público<sup>610</sup>”.

Comparto en parte la reflexión de Huergo Lora. En efecto, de la LGP no se puede extraer la conclusión de que constituye una habilitación genérica del arbitraje. No obstante, como he señalado antes, no suscribo la premisa previa de que se pueda afirmar categóricamente que la LA 2003 no resulta aplicable al arbitraje administrativo, tal y como sostiene el autor. Por esta razón, considero que el artículo 7.3 LGP ni confirma ni rechaza la posibilidad de un

---

<sup>606</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 86.

<sup>607</sup> *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 172.

<sup>608</sup> *Ibid.*, 173.

<sup>609</sup> Por otro lado, la vigente LPAP 2003 recoge una regulación análoga a la de la LGP 2003 y por lo tanto se aparta del precedente del artículo 41 del texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, aprobado por el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, que sometía el consentimiento a un arbitraje a la autorización de una Ley.

<sup>610</sup> El autor cita a dos voces en sentido contrario: la opinión de que “sólo será necesaria la emisión de un Decreto del Consejo de Ministros, requisito que ni siquiera es de validez, sino de mera eficacia del arbitraje, de María Luisa González-Cuéllar Serrano, «El arbitraje en el Derecho Tributario», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n.º 167 (1997): 29; y la de José Luis Rivero Ysern, en «Las funciones del Defensor del Pueblo en orden a la resolución extrajudicial de conflictos con la Administración Pública», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 34 (1990): 106, autor que, según Huergo Lora, “también entiende que nuestro Derecho no prohíbe a la Administración someterse a arbitraje, sino que únicamente le impone un límite procedimental”. *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 171, nota 319.

arbitraje administrativo. Representa una previsión normativa demasiado “débil” tanto para una cosa como para la otra.

Lo único que parece demostrar el artículo 7.3 LGP es que el arbitraje se contempla con recelo por parte del legislador, como una figura a la que se debe dotar de garantías suplementarias, equivalentes a las aplicables a la transacción. Sin embargo, como he destacado a lo largo de este trabajo, la transacción y el arbitraje constituyen figuras notablemente distintas y, por lo tanto, resulta injustificado tratarlos exactamente del mismo modo a la hora de autorizar su utilización.

### c) Conclusión

En definitiva, de todo lo expuesto en este epígrafe, la única conclusión que parece posible extraer es que el panorama legislativo es extremadamente confuso e incierto<sup>611</sup>. No es de extrañar, pues, que, diversos autores defensores del arbitraje administrativo apunten a la necesidad de que se apruebe una ley que regule la institución y despeje las múltiples dudas que genera el escenario legislativo actual.

En efecto, la “timidez” con la que el legislador ha actuado hasta el momento en el campo del arbitraje público, junto con la trayectoria errática que ha seguido, indican que sería más conveniente aprobar una ley general de arbitraje público. De este modo, se disiparían todas las dudas existentes sobre la aplicabilidad de este mecanismo a las controversias del sector público.

Esta ley general de arbitraje público estaría integrada por un conjunto de normas que darían respuesta a las singularidades que puede presentar una controversia del sector público, como la necesidad de publicidad del laudo o la diferente articulación del consentimiento de la parte pública para someterse a arbitraje. Es decir, se trataría de una ley complementaria a la vigente Ley de arbitraje de 2003, que podría actuar de norma supletoria. Esta ley general de arbitraje público debería abordar los aspectos que trataré en los siguientes epígrafes.

## 2. Competencia para aprobar la ley general de arbitraje público

La competencia para aprobar la ley general de arbitraje público sería del Estado, de acuerdo con los títulos competenciales recogidos en los números 5º y 6º del artículo 149.1 CE. En efecto, se trataría de un supuesto de legislación en materia de Administración de justicia y Derecho procesal, porque el arbitraje sustituiría la jurisdicción contencioso-administrativa, civil o social, según los casos. Estos serían los títulos competenciales aplicables, tanto si la regulación se vehiculara a través de una nueva ley general de arbitraje público o a través de una reforma parcial de la LJCA, como ha propuesto Alfonso Pérez Moreno<sup>612</sup>.

---

<sup>611</sup> Sobre las diferentes posiciones doctrinales respecto a esta cuestión, ver García Pérez, *Arbitraje y derecho administrativo*, 97-110.

<sup>612</sup> En 2017, este autor presentó al Ministerio de Justicia un borrador de anteproyecto de reforma de la LJCA que regula la “conciliación y el arbitraje intraprocesal”. En vez de una nueva ley general de arbitraje público,

Francisco López Menudo se ha pronunciado en este mismo sentido y ha advertido que la regulación general del arbitraje de derecho público no podría ser calificada como “régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18º). Así pues, las Comunidades Autónomas no podrían participar en su regulación, al amparo de sus competencias para adaptar el procedimiento a las materias de su competencia, pues se trata de un mecanismo sustitutorio del proceso judicial, no del procedimiento administrativo<sup>613</sup>.

En cambio, entiendo que las leyes que autoricen el arbitraje en un determinado campo, es decir, las leyes sobre arbitrabilidad, que “abran la puerta al arbitraje” en un área concreta, serán autonómicas o estatales, según la materia a la que afecten. De conformidad con este esquema, deberá aprobarse primero la ley general de arbitraje público y después, en su caso, las leyes de arbitrabilidad. Por ejemplo, si preexiste la ley general de arbitraje público, los legisladores autonómicos podrán autorizar el arbitraje en áreas del derecho urbanístico en las que consideren que este mecanismo puede resultar adecuado, como podría ser la fase de ejecución urbanística<sup>614</sup>.

### 3. El arbitraje público como sustituto de la fase judicial

Tal y como he expuesto en el segundo epígrafe de este capítulo, la ley general de arbitraje público debería aprobarse por parte del Estado, en ejercicio de su competencia en materia de “legislación procesal” (art. 149.1.6 CE). Esta conclusión es coherente con la caracterización del arbitraje público como una modalidad de arbitraje, y por lo tanto, de su naturaleza de auténtico “equivalente jurisdiccional”.

Sin embargo, a veces se ha planteado que el arbitraje público no solo debería sustituir la vía judicial, sea contencioso-administrativa, civil o social, sino también la eventual vía administrativa previa de carácter preceptivo. Juan Manuel Trayter es uno de los autores que

---

este autor propone vehicular la regulación de la institución a través de una modificación del artículo 77 LJCA y una disposición adicional. Alfonso Pérez Moreno, «Una propuesta de Anteproyecto de reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa por la que se regula la conciliación y el arbitraje intraprocésal», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 100 (2018): 19-24.

<sup>613</sup> «Arbitraje y Derecho Público», 15. En cambio, Juan Manuel Trayter, al considerar que el arbitraje administrativo sustituye a la vez la vía administrativa previa y la vía judicial, entiende que la ley que lo regule también podría aprobarla una Comunidad Autónoma, al amparo del título competencial del art. 149.1.18 y en desarrollo de la previsión del antiguo art. 107.2 LRJPAC 1992 (equivalente al vigente art. 112.2 LPAC 2015), Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 92.

<sup>614</sup> Anteriormente he apuntado la necesidad de interpretar conforme a la Constitución el artículo 145.d) de la Ley 5/2014, de 25 de julio de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, en el sentido de que no se refiere a un arbitraje en el que se aplique derecho público sino derecho privado en controversias entre particulares, sin intervención de la Administración. Sin embargo, si el Estado aprobara una ley general de arbitraje público, esta previsión legal autonómica vería ampliado su ámbito de aplicación, que ahora sí podría incluir las controversias calificadas como de derecho administrativo que surjan en el ámbito de la ejecución urbanística.

ha defendido esta opción<sup>615</sup>, y los dos borradores de Ley de arbitraje administrativo de 2001 también asumieron este esquema en su artículo 4.2.

Sin embargo, vincular el recurso administrativo preceptivo previo a la vía judicial con el arbitraje no parece adecuado. Si el legislador ha establecido, supuestamente por razones de eficacia administrativa, que antes de acudir a la vía judicial (o arbitral, en nuestra propuesta), los particulares deben recurrir ante la propia Administración, ¿por qué eliminar esta fase, sobre la base de que la vía judicial posterior será sustituida por un procedimiento arbitral?

Coincido con todos los autores que han criticado la exigencia de interponer un recurso administrativo previo contra los actos que no pongan fin a la vía administrativa<sup>616</sup>. Este tipo de recursos deberían ser facultativos, pues, de lo contrario, esta vía previa “agrava la ya inicial carga de accionar que se ha desplazado al administrado, complicando y retrasando el acceso a la garantía judicial, que es la única independiente y efectiva<sup>617</sup>”.

Llegados a este punto, puede resultar de interés traer a colación el estudio que ha llevado a cabo Michael Asimow, que lleva por título «*Five Models of Administrative Adjudication*»<sup>618</sup>. Se trata de un análisis comparado de los diferentes modelos de justicia administrativa que existen en el mundo y la perspectiva que utiliza este autor nos puede resultar útil para encuadrar el arbitraje público dentro de nuestro sistema de justicia administrativa.

Según este autor, se puede distinguir, una vez simplificados, entre cinco modelos distintos de justicia administrativa, que se configuran a partir de diversos parámetros y en relación con tres fases distintas del proceso de resolución de conflictos en materia administrativa<sup>619</sup>:

Según Asimow, cada modelo pone énfasis en una de las tres fases: decisión administrativa inicial, procedimiento de revisión administrativa o recurso judicial. En el estudio, el autor pone de manifiesto la importancia de concebir el conjunto formado por el procedimiento administrativo inicial, el eventual procedimiento administrativo de revisión y el proceso contencioso-administrativo como un todo, desde un punto de vista funcional.

En coherencia con esta perspectiva, Francisco José Rodríguez Pontón aboga por una aplicación de las garantías del artículo 6.1 CEDH al procedimiento administrativo<sup>620</sup>, por

---

<sup>615</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 93.

<sup>616</sup> Esta exigencia se deriva de los artículos 112 y 114 LPAC en relación con el artículo 25.1 LJCA, que establece como requisito de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo el hecho de que este ponga fin a la vía administrativa.

<sup>617</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:564-65.

<sup>618</sup> Asimow, «Five Models of Administrative Adjudication».

<sup>619</sup> *Ibid.*, 8.

<sup>620</sup> *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH* (Madrid: Thomson Civitas, 2005).

cuanto se trata de un procedimiento que puede afectar tanto los derechos civiles de los ciudadanos como a sus garantías en relación con imputaciones penales (todo ello en el sentido de la jurisprudencia del TEDH). Su obra se inscribe en la línea de Asimow en la medida en que concibe el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo como un *continuum*: equipara el acto administrativo con la sentencia judicial<sup>621</sup> y por ello lo sujeta a la aplicación de las garantías del proceso equitativo (art. 6 CEDH). Esta consideración es coherente con la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad, en gran parte fruto de la “construcción kelseniana”, que “no podía admitir ningún poder jurídico que no fuese desarrollo de una atribución normativa precedente<sup>622</sup>”.

En cualquier caso, hay acuerdo en que las garantías del artículo 6 CEDH se aplican también a los procesos que se celebran ante jueces o tribunales contencioso-administrativos, puesto que los estándares de protección del derecho a un juicio justo no varían según si el asunto es administrativo o civil<sup>623</sup>.

Pues bien, para que el arbitraje público fuera un auténtico arbitraje, debería sustituir la función de la actual jurisdicción contencioso-administrativa y no la de los procedimientos administrativos. Sin embargo, del estudio de Asimow se deduce la importancia de integrar cada fase (en este caso, el arbitraje en sustitución del proceso contencioso-administrativo) en el conjunto.

Y por esta razón en esta tesis no sólo hablo de la fase contencioso-administrativa, sino que defiendo la implantación del arbitraje de forma que encaje en el sistema, teniendo en cuenta la existencia de una fase administrativa previa. En efecto, desde este punto de vista, no será lo mismo un arbitraje público que sustituya un proceso contencioso-administrativo que un

---

<sup>621</sup> García de Enterría y Fernández apuntan que, desde el punto de vista de la exención de que goza la Administración de la necesidad de acudir a un juicio declarativo para la obtención de un título ejecutivo, “el acto administrativo vale tanto como la propia sentencia del Juez, aunque sea finalmente controlable por éste”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:76. En otro lugar, los mismos autores, al explicar la historia de cómo se ha entendido el principio de legalidad, se hacen eco de la fórmula encunada por Friederich Julius Stahl, un “jurista reaccionario”, sobre la diferente vinculación a la Ley de Tribunales y Administración, lo que después vino en llamarse doctrina de la vinculación “negativa” de la Administración a la Ley. Según este esquema, mientras los primeros “tienen en la ejecución (o particularización a un caso concreto) de la Ley el objeto exclusivo de su función, la Administración, por el contrario, tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales, sólo que debe hacerlo dentro de los límites de la Ley”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:482.

<sup>622</sup> Según este esquema, “[e]l proceso de producción jurídica es un proceso de *legis executio* paulatina a partir de la norma fundamental; en la medida en que la Administración se inserta necesariamente en una fase de ese proceso no puede actuar más que ejecutando normas antecedentes (tanto cuando ella misma dicta Reglamentos como cuando descende a los últimos grados de la aplicación singular, o aun de los actos ejecutivos de mero hecho). Observación capital y difícilmente discutible”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:485.

<sup>623</sup> Bell, «Comparative Administrative Law», 1280. En este sentido, el mismo autor trae a colación los casos que resolvió el TEDH en la década de 1980 en relación con el sistema de justicia administrativa separada de la ordinaria que regía en Suecia y en los Países Bajos. El TEDH examinó las garantías de estos sistemas y concluyó que no cumplían los requisitos del artículo 6 CEDH, *Ibid.*, 1279.

arbitraje privado sobre una controversia contractual entre dos empresas. En el primer supuesto, la institución arbitral deberá ensamblarse en el *continuum* procedimental de la justicia administrativa, como hemos visto en el capítulo IV. Es decir, deberá tener en cuenta, en definitiva, la íntima relación existente entre procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo.

Nuestro sistema de justicia administrativa se inscribiría en el modelo 5 de la tabla de Asimow, que es el que también siguen los sistemas francés y alemán. Esto significa que se trata de un esquema en el que el proceso judicial tiene mucha importancia y tiene lugar justo después de una primera fase administrativa de carácter más “inquisitorial” que “*adversarial*”, con pocas oportunidades de hacer valer el punto de vista de la parte que cuestiona la decisión.

Esto presenta un gran contraste con el sistema norteamericano, en el que los procedimientos administrativos previos a la fase judicial (*administrative proceedings*) no tienen la fama de ser un mero “trámite” para la parte privada que cuestiona la actuación administrativa, sino que tienen prestigio<sup>624</sup>, al revés de lo que sucede en España, donde los recursos administrativos de alzada y reposición no son contemplados normalmente por los abogados como una oportunidad real de resolver el conflicto, puesto que lo más probable es que la Administración se reafirme en la decisión inicial<sup>625</sup>.

En efecto, el sistema norteamericano pone el énfasis en la primera fase administrativa. Esto se traduce en mayores garantías procedimentales para los interesados en sede administrativa y, correlativamente, en una declarada mayor deferencia de los tribunales de justicia hacia la Administración. Profesores como Peter Strauss insisten mucho en que la mayor parte del derecho administrativo “ocurre” dentro de las puertas de la Administración. En este sentido, critica la tendencia en su país de que los manuales y docentes se centren excesivamente en la jurisprudencia sobre *judicial review* y no expliquen suficientemente los engranajes internos de las *agencies*, que dan solución a la mayor parte de los asuntos<sup>626</sup>. Se ha llegado a afirmar “que la efectividad práctica de esa protección jurisdiccional *a posteriori*” es, “en general, de inferior

---

<sup>624</sup> El profesor de Columbia Michael Gerrard, que ha ejercido durante décadas en el Estado de Nueva York como abogado y que aquí calificaríamos como “administrativista” o especialista en medio ambiente, me trasladó esta visión cuando le pregunté por la confianza que suscita, en la práctica jurídica general de Estados Unidos, la fase administrativa de recurso.

<sup>625</sup> Boix-Palop, «Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles», 94. Esta tendencia arraigada de la Administración de ver el recurso administrativo no como un auténtico mecanismo de resolución de conflictos sino como una forma de reafirmarse en la decisión inicial es coherente con la ausencia de utilización de medios alternativos de resolución de conflictos. Una ausencia que es constatada por toda la doctrina, pero que algunos autores como el mismo Boix-Palop creen que podría cambiar bajo la influencia europea, *Ibid.*

La ineficacia del sistema de recursos administrativos ordinarios es una de las explicaciones del recurso especial en materia de contratos del sector público: Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, 33-35.

<sup>626</sup> Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 10.

calidad que la ofrecida por el sistema continental de lo contencioso-administrativo<sup>627</sup>”, pero esta es quizá una visión sesgada, puesto que olvida la mayor “judicialización” de la fase administrativa previa a la judicial.

En cambio, según proclama formalmente la Constitución española y la interpretación que de ella ha hecho la jurisprudencia, tanto la del TC como del TS –inspirada, a menudo, en la doctrina administrativista-, los órganos judiciales de nuestro sistema controlan con carácter plenario la actuación administrativa. Formalmente, pues, no existe ninguna norma que establezca el deber de deferencia de los tribunales de justicia hacia la Administración, a excepción de la prohibición de determinar el contenido discrecional de los actos anulados (artículo 70.2 LJCA). La fase jurisdiccional es quizá la única donde la apariencia de imparcialidad de quien decide es mínimamente satisfactoria y, quizá por ello, la legislación, que suele favorecer a la Administración, impone trabas importantes para que se inicie (a través de plazos brevísimos o formalidades considerables, como el “acuerdo social” que exige el artículo 45.2.d) LJCA a las personas jurídicas para interponer el recurso).

En definitiva, el trabajo de Asimow ayuda a concebir el arbitraje público, en concreto el que sustituye el proceso contencioso-administrativo, dentro del cuadro general que forman el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo. El arbitraje público que aquí estudio constituye una modalidad de arbitraje auténtico, que sustituye la fase judicial que suele abrirse después de una vía administrativa previa, que es configurada más bien como una antesala del proceso judicial que como una fase de resolución de conflictos, en la que destaquen la imparcialidad e igualdad de armas, a diferencia de lo que sucede en el sistema estadounidense. De este modo, en nuestro sistema, los miembros de un tribunal arbitral público deberán ser conscientes de su papel dentro del *continuum* de justicia administrativa, y deberán adoptar una perspectiva acorde con las garantías que se proyectan sobre la fase judicial a la que sustituyen. Esto significará, principalmente, que, de entrada, adoptarán un punto de vista menos deferente hacia la actuación administrativa, en comparación con la perspectiva que utilizaría un tribunal arbitral estadounidense en relación con un litigio administrativo.

#### 4. El consentimiento

En el capítulo anterior ya he señalado que el arbitraje público que sustituye a un proceso contencioso-administrativo debería seguir las mismas reglas que el proceso judicial por lo que se refiere al emplazamiento de interesados. De esta forma, se respetaría el requisito establecido por la jurisprudencia constitucional, de que la sumisión a arbitraje de los particulares siempre sea voluntaria. Así pues, una ley general de arbitraje público debería

---

<sup>627</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, I:550.

separarse de la regulación del arbitraje clásico e incorporar una previsión consistente en una remisión al régimen de emplazamiento de interesados la LJCA<sup>628</sup>.

En cuanto a la articulación del consentimiento de la parte pública, creo que el modelo que debería seguirse es el utilizado en el arbitraje administrativo que prevé la legislación portuguesa o en los tratados internacionales de protección de inversiones. Es decir, que el consentimiento de la parte pública se halle previsto en la ley (o en una disposición reglamentaria que desarrolle una previsión más genérica de una norma con rango de ley).

Antes de exponer por qué creo razonable este modelo, conviene hacer referencia al esquema que adoptan el artículo 7.3 LGP y otros preceptos equivalentes respecto a esta cuestión.

- a) La autorización por parte del órgano de dirección política (LGP, LPAP y legislación equivalente)

La alusión que contiene la Ley General Presupuestaria (LGP) en relación con el arbitraje administrativo es puramente procedimental. Se trata, en esencia, de exigir una autorización específica por parte del máximo órgano de dirección política de la Administración (Consejo de Ministros, Gobierno autonómico o Pleno municipal). Concretamente, el artículo 7.3 LGP establece diversos requisitos procedimentales para someter a arbitraje las contiendas respecto a los derechos de la Hacienda Pública estatal:

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

Este precepto merece varios comentarios. En primer lugar, hay que destacar que estos requisitos tanto se aplican a los derechos de naturaleza pública como a los derechos de naturaleza privada. De acuerdo con el artículo 5 de esta ley, ambos tipos de derechos constituyen la Hacienda Pública estatal y, por lo tanto, el requisito tanto sería exigible respecto a una controversia sobre una liquidación tributaria, por ejemplo, como en relación con una deuda de derecho privado.

El artículo 19 LGP establece que, en relación con los derechos de naturaleza privada, serán de aplicación los procedimientos de derecho privado. Esto incluye en principio el arbitraje previsto en la LA, por lo que hay que concluir que, en estos casos, no solo serán aplicables los requisitos de esta última ley, sino que habrá de añadirse el requisito establecido por el artículo 7.3 LGP. Todo ello nos obliga a considerar que la función del artículo comentado no es en ningún caso autorizar o regular con carácter general el arbitraje administrativo, sino

---

<sup>628</sup> También a favor de que el arbitraje público se separe de la tradición del arbitraje clásico en relación con la intervención de terceros, Schill, «Erodierung des Öffentlichen Rechts durch öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren?», 282.

que opera como una protección, como una garantía respecto a una figura que parece recibirse con recelo.

Uno de los pocos casos que se conocen en los que se haya invocado el artículo de la LGP es el que hemos mencionado en el capítulo VI, el del real decreto por el que se autorizó firmar un convenio arbitral en relación con el préstamo de la colección Thyssen-Bornemisza<sup>629</sup>. En este supuesto, no se estaba sometiendo a arbitraje una controversia ya existente, sino que se trataba de autorizar la inserción de una cláusula arbitral, que se incluía dentro de un contrato regido por el derecho privado inglés.

En segundo lugar, hay que fijarse en el hecho de que, transacción judicial, transacción extrajudicial y arbitraje, se tratan del mismo modo. Este tratamiento unificado de la transacción y el arbitraje no solo es habitual en el derecho positivo, sino, como ya hemos visto a lo largo de este trabajo, también lo es en la doctrina. Así, por ejemplo, Huergo Lora o Bustillo Bolado incluyen las dos figuras dentro del objeto de estudio de sus monografías sobre la cuestión.

No obstante, tal y como he defendido en capítulos anteriores, este tratamiento indiferenciado no me parece justificado. Si bien es cierto que ambas figuras, transacción y arbitraje, comparten la característica de que suponen sustituir la actividad jurisdiccional por una resolución del conflicto alternativa, las similitudes acaban aquí. Básicamente, la transacción implica que las partes no solo convienen sobre la forma de resolución del conflicto sino que resuelven el fondo de común acuerdo. En cambio, en el arbitraje sólo hay acuerdo sobre la forma, sobre el proceso, y es el árbitro quien, igual que un juez, resolverá de forma imparcial después de haber escuchado a las partes. No en balde, el Tribunal Constitucional ha definido el arbitraje como un auténtico “equivalente jurisdiccional”.

El hecho de que se trate al arbitraje igual que a la transacción puede interpretarse como una expresión del recelo que despierta la institución arbitral, que nos recuerda la idea del “extraño invitado” al banquete administrativo. A pesar de las importantes diferencias entre ambas figuras, la ley somete el arbitraje a las mismas garantías procedimentales que a una figura autocompositiva como la transacción, en la que los riesgos de que no se “haga justicia” son mucho mayores que en el arbitraje. En este último caso, hay un tercero que debe resolver con absoluta imparcialidad, bajo la amenaza de que su decisión se vea anulada si no se ajusta a este principio.

Existen otras leyes que tratan al arbitraje de forma análoga al artículo 7.3 LGP. La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) no añade ninguna novedad a la regulación ya comentada de la LGP, puesto que su artículo 31 presenta un contenido equivalente a la citada ley. Por su parte, diversas leyes autonómicas adoptan el mismo modelo. Por ejemplo, el texto refundido de la Ley de patrimonio de la

---

<sup>629</sup> Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, por el que se autoriza el sometimiento a legislación extranjera y a arbitraje internacional de los contratos relativos a la colección Thyssen-Bornemisza.

Generalidad de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, que prevé en su artículo 25.2 una norma análoga a la de la LGP<sup>630</sup>, igual que lo hace el artículo 230 del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril.

De forma paralela a la autorización del Consejo de Ministros prevista en la LGP, esta última ley catalana exige para una sumisión a arbitraje o transacción un acuerdo del pleno municipal adoptado por mayoría absoluta, es decir, una mayoría reforzada. Sin embargo, no se prevé la necesidad de obtener un dictamen del órgano consultivo autonómico equivalente al Consejo de Estado.

Hay que destacar que el artículo 17.8 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, prevé que este órgano será consultado preceptivamente en diversos supuestos, entre los que se incluye el de “Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los *derechos de contenido económico* de la Administración de la Comunidad Autónoma, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten respecto de los mismos, cuando, en ambos casos, la cuantía litigiosa exceda de 300.000 euros”. Esta excepción, sin embargo, no exime de la necesidad de contar con la autorización del Consejo de gobierno autonómico.

Pues bien, en mi opinión, la exigencia de una autorización por parte del máximo órgano de dirección política de la Administración (Consejo de Ministros, Gobierno autonómico o Pleno municipal) no es una buena forma de articular el consentimiento de las entidades públicas a arbitraje. Esto significa colocar más obstáculos a la celebración del arbitraje, por cuanto una autorización de este tipo puede resultar difícil de obtener tanto si se considera fruto del ejercicio de una potestad reglada como discrecional.

Si se considera como una potestad discrecional, teniendo en cuenta la cultura de nuestro país, la Administración seguramente concluirá que no tiene incentivos para someterse a arbitraje cuando la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un foro especialmente “cómodo<sup>631</sup>”. Por otro lado, si se concibe como una potestad reglada, igualmente la autorización constituirá un impedimento de tramitación que no aporta nada.

Es decir, imaginemos que la Ley o el reglamento aplicable prevé que una determinada materia o tipo de controversia es arbitrable pero exige igualmente un acto de sumisión *ad hoc*. En este caso, si el acto de sumisión es tratado como un acto de trámite no susceptible de impugnación (art. 112.1 LPAC), entonces no habría ningún riesgo de que se demore el procedimiento

---

<sup>630</sup> 2. Tampoco no (sic) se pueden realizar transacciones sobre los bienes o derechos de la Generalidad ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre éstos si no es mediante acuerdo del Gobierno, a propuesta del Departamento de Economía y Finanzas.

<sup>631</sup> García de Enterría y Fernández destacan el hecho de que en la jurisdicción contencioso-administrativa “la Administración comparece, como regla general, en la más cómoda posición de demandada, adoptando los particulares que impugnan sus actos la posición de demandantes”, García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2017, II:76.

arbitral, pero si no fuera así, este esquema facilitaría que arbitraje se viera dificultado por impugnaciones del acto administrativo de sumisión a arbitraje.

En vista de todo lo expuesto, el esquema de funcionamiento que ofrece el artículo 7.3 LGP y otros preceptos legales equivalentes no resulta adecuado. En consecuencia, hay que plantearse cuál sería la forma de articular el consentimiento de la parte pública al arbitraje.

b) La vía portuguesa y del arbitraje de inversiones: consentimiento de las entidades públicas a arbitraje previsto por la ley

Uno de los mayores problemas que ha suscitado la aplicación del arbitraje en el ámbito del sector público es el acto de la Administración de someterse a arbitraje. Este problema, sin embargo, podría tener una muy fácil solución: la previsión del consentimiento de la parte pública por ley o reglamento que la desarrolle, del mismo modo que se contempla en la legislación portuguesa de arbitraje administrativo<sup>632</sup> y en muchos tratados internacionales de inversiones, que prevén el consentimiento *ex lege* del Estado receptor de la inversión. Este tipo de sometimiento de la parte pública a arbitraje a veces se denomina “*standing offer*”.

Tal esquema es el que también defiende López Menudo, si bien solo en relación con “un círculo concreto de asuntos, que asegurarían la utilidad de la institución del arbitraje”, en los que “la voluntad de la Administración quedaría suplida por una voluntad dimanante directamente de la Ley que la Administración tendría que asumir como propia, como ocurre en cualquier potestad reglada; y una voluntad del interesado genuinamente libre”. En el resto de asuntos, este autor apuesta por un sistema equivalente al del arbitraje privado.

Francisco López Menudo encuentra los fundamentos para el primer esquema de funcionamiento en una observación pragmática de la realidad de los conflictos administrativos<sup>633</sup>. En síntesis, se trata de reconocer que el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos comporta que la Administración nunca estará interesada en someterse a arbitraje voluntariamente. La lentitud del proceso judicial permite que se puedan ejecutar todos aquellos actos impugnados que no son suspendidos en vía de medidas cautelares. Finalmente, la sentencia puede anularlos, pero estos ya se habrán ejecutado. El arbitraje, si

---

<sup>632</sup> Decreto-ley nº 10/2011.

<sup>633</sup> “En efecto, en el ámbito del derecho privado las partes pueden tener en la generalidad de los casos un interés concurrente en la pronta resolución del conflicto. En cambio, la Administración –y a veces el interesado– puede no sentir ese interés en tanto que sus actos jurídicos se encuentren “blindados” por el privilegio de la ejecutividad. De este privilegio no resulta la urgencia de que se dirima por órgano imparcial la verdad jurídica en el amplio universo de los actos administrativos, e incluso en el de los contratos administrativos. Por tanto, si se confía el funcionamiento del arbitraje a la voluntad de la Administración, a la voluntad concurrente de las partes, el Arbitraje de Derecho Público podría quedar inédito. Siendo realistas, sólo podría pensarse en que el Arbitraje resultara atractivo para la Administración si el árbitro careciera de poderes suspensivos antes del dictado del laudo, lo cual no es precisamente una solución a recomendar para una futura Ley de Arbitraje”, López Menudo, «Arbitraje y Derecho Público», 16.

funciona tan rápidamente como se promete, impediría estas situaciones que benefician a la Administración demandada.

El concebir el acto de sumisión a arbitraje como un acto *ad hoc* acerca el arbitraje a la transacción, en la que evidentemente es necesario decidir caso por caso. Así, si alejamos el arbitraje de la transacción a través de un sistema de consentimiento “legal”, como el que propongo aquí, se pueden rebatir algunas críticas que se han hecho, sin distinción, a los medios alternativos de resolución de conflictos en el sector público. Según Santamaría Pastor, estos mecanismos no tienen futuro porque “es un modo de ser cultural de nuestras Administraciones el no transigir nunca”, pero si se distingue claramente el arbitraje de la transacción, de forma que la Administración no tenga opción de elegir entre proceso contencioso-administrativo o arbitraje, esta inercia quedaría desactivada.

Por otro lado, la lentitud con la que actualmente funciona la vía judicial puede desincentivar al particular de recurrir. En otras palabras, la lentitud del proceso contencioso-administrativo seguramente permite que ciertos litigios no lleguen nunca a nacer. En cambio, el arbitraje puede suponer una amenaza para la Administración porque no produce esta “desactivación” de procesos.

En definitiva, la ley general de arbitraje público debería prever que este se celebrará siempre que el particular así lo solicite, en aquellas materias expresamente previstas por Ley o reglamento<sup>634</sup>.

## 5. *Kompetenz-Kompetenz*

Uno de los principios fundamentales del arbitraje clásico es la denominada *Kompetenz-Kompetenz*<sup>635</sup>. Como recoge el artículo 22.1 LArb 2003, “[L]os árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. De este modo, si el convenio arbitral se halla inserto en un contrato y una de las partes sostiene que el contrato es nulo, no se impedirá el inicio del arbitraje. Los árbitros, pues, son los primeros “llamados” a decidir sobre la validez del convenio arbitral, sin perjuicio que después esta cuestión llegue a los tribunales de justicia a través de una acción de nulidad.

Sin duda, la ley general de arbitraje público debería abordar esta cuestión, puesto que los poderes de autotutela de la Administración podrían poner en entredicho esta potestad del tribunal arbitral. Así, si según la exposición de motivos de la LArb “los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral”, en el arbitraje público los árbitros tendrían competencia para interpretar, en primera instancia, si una determinada

---

<sup>634</sup> Un esquema similar es propuesto en Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 121.

<sup>635</sup> Art. 22 LArb 2003; Art. 16 Ley modelo sobre arbitraje CNUDMI.

controversia es arbitrable o no de acuerdo con la previsión legal sobre arbitrabilidad que haya invocado el particular que solicita el arbitraje.

Si no se opta por este esquema, el arbitraje público podría verse totalmente entorpecido por el ejercicio de la autotutela de la Administración. Para comprobarlo, imaginemos un supuesto, inspirado en el caso *Áridos do Mendo*<sup>636</sup>, y analicemos qué sucedería si aplicamos el esquema que propongo en esta tesis. Es decir, un arbitraje público que cuente con una ley general que lo regule, combinada con leyes sectoriales que autorizan el arbitraje en determinados ámbitos del sector público. En este modelo, el consentimiento de la parte pública del conflicto se prevé con carácter general, no exige una sumisión *ad hoc*.

El supuesto sería el siguiente: un particular interpreta que el desacuerdo que tiene frente a la Administración se halla bajo el ámbito de aplicación de una previsión legislativa que autoriza el arbitraje. Por ejemplo, imaginemos que la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas autoriza explícitamente el arbitraje respecto a controversias sobre bienes patrimoniales. Si surge un conflicto que, en opinión del recurrente, trata sobre un bien patrimonial, el recurrente puede solicitar el arbitraje. Puede ocurrir, sin embargo, que la Administración considere que la controversia en realidad gira en torno a un bien de dominio público y por lo tanto, no sintiéndose vinculada por la previsión arbitral, dicta un acto administrativo de recuperación posesoria del bien.

La ley general de arbitraje público tendría dos opciones frente a una situación de este tipo: otorgar preeminencia a la interpretación que adopte la Administración de las previsiones de arbitrabilidad, o bien optar por el modelo del arbitraje privado, en el que es el tribunal arbitral el primer llamado a pronunciarse sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento arbitral.

Si se escoge el primer modelo, el recurrente deberá impugnar el acto administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y alegar como motivo de recurso que la Administración ha vulnerado la previsión de sometimiento arbitraje contenida en la ley. Así, el órgano judicial puede acabar dictando un auto o una sentencia en el que remita la controversia a arbitraje, pero, mientras tanto, la Administración podrá haber tramitado un procedimiento en paralelo, haber dictado una resolución, e, incluso haber iniciado su ejecución forzosa.

Si se opta por el segundo modelo, basado en el ejemplo del arbitraje privado, la Administración podrá alegar ante el tribunal arbitral que este no es competente porque la controversia no es arbitrable. Se trataría de la traducción al ámbito público de lo que en el arbitraje privado serían las “excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia” (art. 22.1 LArb 2003). Como he expuesto anteriormente, descarto el modelo de convenio arbitral o de sumisión *ad hoc*, y propongo que el consentimiento al arbitraje de la parte pública

---

<sup>636</sup> STS *Áridos do Mendo*. En este mismo conflicto se dictó otra sentencia, la de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 30/2014, de 29 enero (JUR\2014\63690).

debe venir previsto en la ley o el reglamento. Por lo tanto, en el arbitraje público, la excepción respecto a la inexistencia o invalidez del convenio arbitral y la excepción basada en la falta de arbitrabilidad de la controversia constituirían la misma excepción.

Ante la excepción planteada por la parte pública, el tribunal arbitral decidirá si la controversia puede ser sometida a arbitraje (es decir, si resulta aplicable la previsión legislativa sobre arbitraje o no) y, si considera que sí, y no hay otros obstáculos para seguir el procedimiento arbitral, dictará el correspondiente laudo sobre el fondo. Finalmente, la Administración podrá interponer una acción de nulidad sobre la base de la falta de arbitrabilidad de la controversia.

En mi opinión, si se quiere fomentar el arbitraje público, el modelo debería ser el segundo. Como se ha visto, no se trata de negar la posibilidad de que una solicitud de arbitraje se pueda rechazar por falta de arbitrabilidad. Se trata de decidir a quién se confía la primera decisión sobre cómo interpretar una determinada previsión de arbitrabilidad. Creo que el modelo del arbitraje privado presenta, en este aspecto, suficientes garantías, permitiendo a la vez que el procedimiento arbitral tenga la agilidad que lo debe caracterizar.

No obstante, parece que el primer modelo es el que prevaleció en el caso *Áridos do Mendo*. En este supuesto, la sociedad recurrente, que había suscrito un convenio con la Autoridad Portuaria de Vigo en el que se incluía una cláusula arbitral, solicitó el nombramiento de un árbitro para dirimir la controversia existente entre las dos partes respecto a dicho convenio. Sin embargo, la Autoridad Portuaria dictó un acto administrativo de recuperación posesoria de los terrenos en disputa. A raíz de este acto se interpuso un recurso administrativo y, posteriormente, se inició un proceso contencioso-administrativo que finalizó con la STS *Áridos do Mendo*. Según se relata en dicha sentencia, la recurrente aportó como documento de nueva noticia un laudo arbitral dictado al amparo de la cláusula arbitral que incorporaba el convenio litigioso, y además, contra este laudo no se interpuso acción de nulidad dentro del plazo legal de dos meses, por lo que devino firme. A pesar de la existencia de este laudo, el proceso judicial contencioso-administrativo siguió su curso y la cláusula arbitral del convenio no fue respetada.

Este ejemplo, pues, confirmaría que el segundo modelo, consistente en establecer el mismo principio que el arbitraje privado, de la *Kompetenz-Kompetenz*, es el más adecuado, si se quiere que el arbitraje público sea efectivo.

## 6. Designación de los árbitros

El modo de designación de los árbitros constituye uno de los aspectos más polémicos del arbitraje público. Existe un recelo generalizado hacia el hecho de que la parte privada del litigio pueda nombrar a uno de los árbitros de un tribunal. Pero también se han expresado objeciones hacia la conveniencia de que la Administración demandada participe en la designación de árbitros.

En este sentido, Alejandro Huergo Lora considera que el hecho de que la Administración nombre a alguien “de su confianza” para que juzgue su actuación es “poco compatible con el mandato constitucional de control judicial de la actuación administrativa (art. 106.1 en relación con el 103.1)<sup>637</sup>”. En la misma línea, señala que “esa posibilidad de que la Administración, que maneja fondos ajenos, encomiende la resolución de sus pleitos a un órgano codesignado por ella (y que además actúa respecto a procesos concretos, frente a la objetividad y generalidad del Poder Judicial), es vista con desconfianza por el legislador<sup>638</sup>”.

A pesar de estas consideraciones, Huergo Lora estima que el consentimiento de las partes en la designación de los árbitros constituye un aspecto esencial del arbitraje<sup>639</sup>. Entiende que, si las partes no eligen a los árbitros, se está más bien ante algo similar a los “*tribunals anglosajones*<sup>640</sup>” y considera que este mecanismo sería constitucional si la consecuente renuncia a la tutela judicial efectiva fuese de carácter voluntario<sup>641</sup>. A su juicio, debería ser el particular quien decidiese si este tipo de órgano le genera suficiente confianza como para renunciar a la vía judicial. De hecho, Huergo vincula la renuncia a la tutela judicial efectiva a que las partes puedan elegir a los árbitros<sup>642</sup>.

Por su parte, Juan Rosa Moreno se inclina por un arbitraje institucional dado que el control de la actividad administrativa constituye un “terreno sumamente resbaladizo” y por lo tanto deben adoptarse mayores cautelas. Por otro lado, considera que el hecho de que las instituciones arbitrales dispongan de reglamentos de procedimiento previamente aprobados permite respetar las exigencias del principio de legalidad<sup>643</sup>.

---

<sup>637</sup> *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 164.

<sup>638</sup> *Ibid.*, 175.

<sup>639</sup> Se basa en que el artículo 280 de la Constitución de Cádiz preveía en su artículo 280 que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”.

<sup>640</sup> Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, 164.

<sup>641</sup> Huergo considera, además, que este tipo de órgano debería superar el “*test* a que están sometidos los recursos administrativos y demás cargas a que puede ser sometido el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, *test* que consiste en exigir a esas instituciones una justificación adecuada y que la carga que supongan sea proporcional al servicio que prestan a otros fines constitucionalmente tutelados”. *Ibid.*, 165. Lo que resulta llamativo es que el razonamiento de este autor entra en tensión al admitir el carácter voluntario de este mecanismo. El test de proporcionalidad aquí no sería aplicable, puesto que no se trataría de ninguna *carga*, sino una mera opción a la que puede utilizar el particular en vez de presentarse directamente ante la jurisdicción.

<sup>642</sup> *Ibid.*, 166.

<sup>643</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 112.

En esta misma línea, Francisco López Menudo llega a exigir que el arbitraje público sea institucional, que impida “la selección de árbitros concretos<sup>644</sup>”. Alfonso Pérez Moreno, por su parte, opina que debe haber un “estatuto de los árbitros administrativos” que garantice que estos sean expertos en Derecho administrativo con reconocidos méritos valorables en un baremo”. Por otro lado, este autor considera que los árbitros administrativos, más que “jueces privados”, serían “cualificados colaboradores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>645</sup>”.

Por último, el borrador de Anteproyecto de Ley de arbitraje administrativo de 2001, preveía una solución distinta a la habitual en el arbitraje clásico. Los árbitros debían ser seleccionados a partir de una lista que aprobaba la propia Administración, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley. De estos, destaca el de acreditar una reconocida competencia y más de cinco años de ejercicio profesional en materias relacionadas con el Derecho público (artículo 7.1). En el modelo que preveía el borrador, las partes no tenían ningún poder de designación de los árbitros. Para cada procedimiento arbitral, se realizaría un sorteo entre los árbitros incluidos en la lista (artículo 8).

Pues bien, supongamos que la ley general de arbitraje no prevé un sistema de nombramiento de árbitros específico y, en consecuencia, se aplican las normas de la LArb 2003. ¿Resultaría conforme a la Constitución que la Administración eligiera a uno de los árbitros? Como hemos visto, según autores como Huergo Lora, no lo sería. Pero, en el fondo, ¿qué problema hay?

Hay que tener presente que no se ha puesto en cuestión la constitucionalidad de este sistema de nombramiento de árbitros en el arbitraje privado. Tal y como se han ocupado de señalar el TC y los tribunales ordinarios que conocen de acciones de nulidad de laudos, todo procedimiento arbitral debe adecuarse a los principios fundamentales procesales, entre los que se encuentra el de la imparcialidad e independencia del árbitro. En el caso de que un árbitro o tribunal arbitral no se haya constituido o no se haya ajustado en su actuación a estos principios, el laudo será nulo por vulnerar el orden público procesal.

En definitiva, parece que los ataques al arbitraje basados en su supuesta falta de imparcialidad no son convincentes. Más bien parecen estar basados en el recelo general hacia el arbitraje que inspira las opiniones de autores como Huergo Lora.

#### a) Perspectiva de contratos del sector público

Por último, resulta de interés abordar la cuestión de la designación de árbitros por parte de las entidades públicas desde la perspectiva de la normativa sobre contratos del sector público. En este ámbito, se ha planteado la cuestión de qué criterios deben guiar la elección del

---

<sup>644</sup> «Arbitraje y Derecho Público», 16.

<sup>645</sup> Pérez Moreno, «El arbitraje administrativo», 299.

tribunal arbitral al que someter las actuales o futuras controversias. El artículo 11.3 de la vigente LCSP establece que “los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación quedan excluidos de la presente Ley”. Este precepto se limita a transponer directamente el artículo 10.c) de 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.

En el considerando 24 de esta Directiva se proporciona la explicación a esta exclusión: “los servicios de arbitraje y conciliación, y demás formas similares de resolución alternativa de controversias se prestan a través de órganos o personas acordadas o seleccionadas de un modo que no puede regirse por disposiciones sobre contratación. Es preciso aclarar que la presente Directiva no debe aplicarse a contratos de servicio para la prestación de este tipo de servicio, con independencia de su denominación en la legislación nacional”.

La sentencia del TJUE de 6 de junio de 2019 (C-264/18, *P. M. y otros contra Ministerraad*) confirmó la validez del artículo 10.c) de la Directiva citada, junto con otros subapartados del mismo artículo, como resultaba lógico. El Tribunal de Justicia explica que esta exclusión no es contraria al principio de igualdad de trato, puesto que “los árbitros y conciliadores deben siempre ser aceptados por todas las partes del litigio y se designan de común acuerdo por ellas. Un organismo público que inicie un procedimiento de adjudicación de contratos públicos para un servicio de arbitraje o de conciliación no puede, en consecuencia, imponer a la otra parte el adjudicatario de ese contrato como árbitro o conciliador común”. En definitiva, el Tribunal de Justicia considera que los servicios de arbitraje no son comparables a los demás servicios a los que se refiere la Directiva, “habida cuenta de sus características objetivas”, por lo que su exclusión es totalmente conforme con los tratados, concretamente con el principio de igualdad de trato.

En efecto, la exclusión de los servicios de arbitraje de la normativa sobre contratos públicos es del todo razonable, puesto que no tendría sentido licitar un servicio de arbitraje bajo los criterios que proporciona esta normativa. En cualquier caso, esta exclusión es muy relevante porque significa que el legislador de cada Estado miembro no se halla limitado por el Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública a la hora de establecer el modo de designación de árbitros. El legislador de la Unión, de hecho, parte de la premisa de que estos modos de prestación del servicio de arbitraje ya están establecidos y que en estos supuestos no tiene sentido aplicar los principios que rigen en el ámbito de la contratación pública.

## **7. Procedimiento arbitral**

### **a) Configuración general del procedimiento**

¿Debe imperar en el arbitraje público la misma libertad para configurar el procedimiento o, por el contrario, la ley debe prever con carácter exhaustivo, igual que la ley procesal judicial, todos los trámites?

Juan Rosa Moreno considera que “la autonomía de la voluntad –en lo que se refiere al procedimiento- a los niveles en los que aparece en el arbitraje privado parece difícil de

admitir”. Sin embargo, señala que, “para satisfacer adecuadamente la eficacia perseguida, deberá ser escasamente formalista y rápido. La autonomía de la voluntad, del arbitraje privado, hay que sustituirla por el ya consagrado principio antiformalista del procedimiento en el arbitraje administrativo<sup>646</sup>”. El mismo autor afirma que “incluso podría argumentarse que en éste no ha de realizarse la excesiva entrega del procedimiento a los sujetos que efectúa la LA respecto al arbitraje privado<sup>647</sup>”.

En mi opinión, no hay ninguna razón por la que la flexibilidad del procedimiento propia del arbitraje clásico no pueda aplicarse al arbitraje público. Como es sabido, esta flexibilidad no es total, puesto que el procedimiento arbitral siempre deberá respetar unos principios fundamentales de igualdad, audiencia, y contradicción (art. 24.1 LArb 2003). Si en un procedimiento no se han respetado estos principios, el laudo puede ser declarado nulo, por ser contrario al orden público procesal (art. 41.1.f LArb 2003).

#### b) Asistencia letrada

La LArb 2003 no exige que las partes dispongan de asistencia letrada ni de representación de procurador. ¿Sería este un modelo válido para el arbitraje público? Juan Manuel Trayter entiende que el arbitraje administrativo sustituye también los recursos administrativos y, por lo tanto, no ve reparo alguno en que no se exija la intervención de abogado, igual que ocurre en la vía administrativa<sup>648</sup>. A la vez, tomando como referencia la ley de arbitraje, se ha defendido la asistencia letrada voluntaria. Exigirla haría desaparecer una de las ventajas que supuestamente tiene el arbitraje, el “principio de mínimo coste<sup>649</sup>”.

El modelo de arbitraje público que estudio aquí no coincide con el de Trayter, puesto que parto de la premisa que el arbitraje no sustituiría la vía administrativa previa. En mi opinión, el legislador goza de discrecionalidad para escoger si exige o no asistencia letrada. Desde un punto de vista pragmático, sin embargo, en vista de los recelos que envuelven la figura del arbitraje público, quizá sería mejor exigir la asistencia letrada, de modo que, en este aspecto, el arbitraje público se parezca más a la jurisdicción.

#### c) Medidas cautelares

Otra cuestión relevante será decidir si la ley de arbitraje público se remite al régimen de medidas cautelares de la LJCA, contiene una regulación propia, o bien se remite al régimen de la LArb 2003.

---

<sup>646</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 66.

<sup>647</sup> *Ibid.*, 104.

<sup>648</sup> Trayter Jiménez, «El arbitraje de Derecho Administrativo», 103.

<sup>649</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 104.

En esta última ley se prevé que el árbitro podrá adoptar las medidas cautelares que estime “necesarias”, sin efectuar ninguna remisión al régimen de medidas cautelares del proceso civil (artículo 23.1 LArb 2003). Sin duda, esta previsión constituye una de las manifestaciones del principio de flexibilidad del procedimiento arbitral, que es a su vez una de sus mayores ventajas. Aparte de este precepto, también resulta interesante la opción de la LArb 2003 de atribuir la potestad de adoptar medidas cautelares no solo a los árbitros, sino también a los órganos judiciales competentes, con el límite de la “buena fe procesal”. ¿Sería válida también esta opción en un arbitraje público?

Juan Rosa Moreno considera que los árbitros no pueden en ningún caso adoptar medidas cautelares que consistan en la suspensión de la ejecutividad de las decisiones administrativas<sup>650</sup>, pero esta respuesta no parece adecuada desde la perspectiva que defiende aquí. Para que el arbitraje público presente una regulación coherente con su naturaleza, el árbitro o tribunal arbitral debe tener atribuidas las mismas facultades en materia de medidas cautelares que un juez o tribunal, tanto del orden civil como del contencioso-administrativo. Una vez abierta la puerta al arbitraje en un determinado tipo de controversia, no tiene sentido limitar las prerrogativas del árbitro en sede cautelar, puesto que es obvio que quien puede lo más –dictar un laudo, una decisión vinculante sobre el fondo del asunto-, debe poder lo menos –dictar medidas cautelares mientras no se dicte el laudo-.

En este sentido, el análisis de la conveniencia de permitir el arbitraje en un determinado ámbito ya se ha realizado de forma global por parte del legislador al establecer su arbitrabilidad. Permitir el arbitraje en un área concreta y después despojarle de prerrogativas sería, por lo tanto, contradictorio e injustificado.

#### d) Ejecución del laudo

Juan Rosa Moreno sostuvo en su día que no puede admitirse la ejecución judicial del laudo arbitral público “sin quebrar los principios que incluso dieron vida al Derecho administrativo”. Hay que tener en cuenta que la monografía de este autor se publicó en 1998 y por lo tanto, el sistema de ejecución de sentencias contencioso-administrativas en las que debía de pensar el autor era el de la antigua LJCA 1956 y no la de 1998. En la actualidad, la LJCA 1998 contiene un régimen de ejecución de sentencias contencioso-administrativas que se ha adecuado plenamente a la Constitución. A diferencia de lo que ocurría anteriormente, actualmente la ley atribuye el control de la fase de ejecución a los órganos judiciales.

Este importante cambio, sin embargo, no es relevante para el arbitraje público. En el campo del arbitraje privado, tanto la fase de ejecución forzosa del laudo como la ejecución de las medidas cautelares otorgadas por el árbitro se reserva a los órganos judiciales del orden civil (art. 44 y 23.2 LArb 2003, respectivamente). En este sentido, resultaría difícil admitir que el árbitro o tribunal arbitral en una controversia del sector público pudiera ir más lejos que el

---

<sup>650</sup> Ibid., 122.

árbitro o tribunal arbitral de un arbitraje regido por la LArb 2003 y ser competente para la ejecución del laudo.

Por razones de coherencia del sistema judicial, simplemente haría falta que la ley general de arbitraje público atribuyera la competencia para ejecutar el laudo a los órganos del orden contencioso-administrativo, en el caso de que este se haya celebrado en sustitución de un proceso contencioso-administrativo.

## 8. Publicidad del laudo arbitral

Un elemento central que debería regular la ley general de arbitraje público es el de la publicidad del laudo. En este sentido, considero que la confidencialidad es un rasgo propio del arbitraje privado<sup>651</sup> que no debe ser trasladado al arbitraje público<sup>652</sup>.

En el arbitraje de inversiones internacionales, la falta de publicidad ha sido uno de los aspectos más criticados, tal como explica Gus Van Harten. Este autor realiza una crítica general a la actual configuración del arbitraje de inversiones bajo cuatro criterios que él considera propios de los procesos jurisdiccionales de Derecho público (*public law adjudication*)<sup>653</sup>, como son la rendición de cuentas (*accountability*), la publicidad (*openness*), la coherencia y la independencia.

Van Harten concibe el principio de publicidad desde una doble perspectiva: como acceso público a la información sobre los procesos jurisdiccionales de derecho público y como participación de terceras partes en el proceso, como la figura del *amicus curiae*<sup>654</sup>, pero señala que la primera concepción tiene una aceptación general mientras que la segunda no. En todo caso, este principio es una premisa para otros dos criterios o principios que tiene en cuenta: la *accountability* (rendición de cuentas) y la independencia.

Para este autor, mientras que el principio general de confidencialidad es tolerable en el arbitraje mercantil internacional, en el que los procedimientos de arbitraje interesan predominantemente a las partes del proceso y no suscitan cuestiones de gran interés público (“*issues of broad public concern*”), la trasplatación de este principio al arbitraje de inversiones

---

<sup>651</sup> El artículo 24.2 LArb 2003 establece lo siguiente: “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>652</sup> Como ya se ha apuntado anteriormente, Bustillo Bolado se pronuncia a favor de una norma que exija la publicidad del laudo dictado en un arbitraje público, respecto a “tanto los de Derecho Público como los de Derecho Privado”, pues “en ambos casos están por igual en juego los intereses generales”, Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 466.

<sup>653</sup> Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 156-84.

<sup>654</sup> “Here, I refer to *openness* both as the principle that the public should have access to information about adjudicative decision-making and the notion that, in some cases, the legitimacy of adjudicative decisions which affect regulatory concerns may require views other than those of the claimant and respondent to be represented in the process”, *Ibid.*, 159.

permite que el significado del derecho público se decida en secreto<sup>655</sup>. Para Van Harten, el acceso público a los laudos arbitrales es fundamental para que sus argumentaciones y aproximaciones al caso puedan ser leídas por todo el mundo, garantizando así que los árbitros consideren las consecuencias de sus decisiones. Particularmente, la posibilidad de supervisión por la comunidad política es imprescindible para garantizar a la vez la vigencia de dos de los principios de la *accountability* y la independencia, especialmente en supuestos en los que se enjuicia el ejercicio de potestades exorbitantes o la asignación de financiación pública<sup>656</sup>.

Sin embargo, el mismo autor destaca que tampoco puede exagerarse y decir que impera el secretismo absoluto, dado que el CIADI<sup>657</sup> suele publicar los laudos arbitrales de inversiones que se dictan bajo el amparo de esta institución. Por otra parte, los Estados firmantes de un tratado internacional tan importante como el NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), que contiene cláusulas arbitrales en materia de inversiones -y que no se pronuncian respecto a la publicidad o confidencialidad de las actuaciones arbitrales-, declararon que harían públicos los documentos presentados ante los tribunales arbitrales constituidos bajo el referido tratado o emitidos por estos últimos, anteponiendo la publicidad a la autonomía privada<sup>658</sup>.

El borrador de Anteproyecto de Ley de arbitraje administrativo de 2001 tampoco se pronunció sobre la cuestión de la publicidad o confidencialidad de las actuaciones arbitrales. Según la disposición adicional cuarta de este borrador, la normativa supletoria era la de procedimiento administrativo común, de modo que se habría aplicado el régimen de publicidad y transparencia propio de este ámbito.

Desde mi punto de vista, sin embargo, la opción del borrador de 2001 no era acertada<sup>659</sup>, puesto que si se concibe el arbitraje como un equivalente jurisdiccional, a lo que se parecerá más el laudo es a una resolución judicial, ya sea del orden civil o del contencioso-administrativo. En este sentido, creo que deberían aplicarse los mismos principios de transparencia y publicidad que rigen para las sentencias judiciales. De conformidad con el

---

<sup>655</sup> Ibid., 160.

<sup>656</sup> Ibid., 161.

<sup>657</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, instaurado en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

<sup>658</sup> Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 160-62.

<sup>659</sup> En parte, esta opción se explica por el hecho de que este borrador concibe el arbitraje administrativo como una instancia que sustituye no solo el recurso contencioso-administrativo sino también el recurso administrativo (art. 1.2).

artículo 266 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con carácter general el texto de la sentencia estará a disposición de “cualquier interesado”<sup>660</sup>:

Así pues, el régimen de publicidad de las sentencias es el acabado de citar y no el que se prevé en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno o en las respectivas leyes autonómicas sobre la misma materia. De acuerdo con el artículo 2.1.f) de la ley estatal citada, las disposiciones incluidas en su título II son aplicables al Consejo General del Poder Judicial “en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”, pero no respecto al ejercicio de su la función jurisdiccional por parte de jueces y tribunales.

La confidencialidad en el arbitraje privado a menudo se presenta como una ventaja para los conflictos entre particulares, especialmente entre empresas, que pueden ver en esta ausencia de publicidad una forma de proteger sus intereses estrictamente privados, como por ejemplo, el temor a una mala reputación ante el consumidor<sup>661</sup>. En el caso del arbitraje público no se puede argumentar a favor de una confidencialidad mayor que la que permite el régimen para las sentencias judiciales, puesto que, al tratarse de conflictos con entidades del sector público, rige la presunción de que el laudo arbitral puede tener relevancia social, como mínimo desde el punto de vista de su relevancia para las cuentas públicas. En este sentido, Stephan Schill subraya la exigencia constitucional de que los laudos de un arbitraje público se rijan por el principio de transparencia y sean puestos en conocimiento de la comunidad política. Los principios constitucionales de Estado democrático y de derecho así lo requieren<sup>662</sup>.

Es cierto que, de acuerdo con mi propuesta, en los casos en los que el legislador haya identificado una necesidad de precedente judicial, el arbitraje no podrá tener lugar. Por lo tanto, se podría argumentar que, en aquellos ámbitos en los que sí se puede celebrar un arbitraje, la necesidad de publicidad no es tan evidente. Esta objeción, sin embargo, no sería fundada, puesto que la exigencia de publicidad no se deriva de la necesidad de precedente,

---

<sup>660</sup> Artículo 266

1. Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Oficina judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas.

El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes.

<sup>661</sup> Una de las instituciones arbitrales más importantes de España es el Tribunal Arbitral de Barcelona. En su página web cuenta con un apartado dedicado a las ventajas del arbitraje, entre las que recoge la confidencialidad, una característica de “suma importancia cuando se tratan cuestiones tales como derecho de la competencia, propiedad industrial, propiedad intelectual, temas patrimoniales familiares y otras muchas cuestiones”, [http://tab.es/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22&lang=es](http://tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=22&lang=es), acceso el 20 de abril de 2019.

<sup>662</sup> Schill, «Erodierung des Öffentlichen Rechts durch öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren?», 278-79.

sino de garantizar, como señala Van Harten, la rendición de cuentas, que es un requisito que es aplicable a todos los litigios en los que se ve implicada una entidad del sector público.

## 9. Alcance del control judicial posterior

Uno de los aspectos del arbitraje privado que suscita mayor desconfianza a la hora de trasladarlo al arbitraje público es el alcance del control judicial sobre el laudo.

Juan Rosa Moreno, por ejemplo, expresa la duda de que el control “externo” de la validez del laudo, por motivos tasados, propia de la regulación del arbitraje privado, sea trasladable al arbitraje administrativo<sup>663</sup>. En la misma línea, pero con respecto al arbitraje de inversiones internacionales, Gus Van Harten ha criticado que en este sistema no se permita un control judicial posterior sobre el laudo en cuanto a errores de Derecho, competencia y vicios procesales<sup>664</sup>.

Según Van Harten, desde el punto de vista a la rendición de cuentas (*accountability*), el control del laudo por motivos tasados y con alcance restringido, propio del arbitraje mercantil internacional, no es un tipo de supervisión válido para el arbitraje de inversiones internacionales. Hay que tener en cuenta que este autor considera que este tipo de arbitraje tiene naturaleza de proceso jurisdiccional de derecho público, por lo que es un sistema de resolución de conflictos que se distingue de los arbitrajes entre Estados o del arbitraje mercantil internacional.

Concretamente, destaca que los árbitros de inversiones resuelven sobre cuestiones fundamentales de derecho público, como dilucidar si una legislación es discriminatoria o si una decisión judicial debe ser considerada como no justa a efectos de la protección de inversiones. Esta actividad jurisdiccional no es problemática porque tenga lugar en un foro internacional, sino porque se lleva a cabo prácticamente sin ningún tipo de supervisión judicial, convirtiéndose así en un ámbito en el que no existirá una debida de rendición de cuentas<sup>665</sup>.

---

<sup>663</sup> Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, 68.

<sup>664</sup> Frente a la última de las cuestiones se puede rebatir que, en sistemas como el español, el juez puede entrar a analizar, en el marco de una acción de nulidad contra un laudo, si en el arbitraje se han respetado los principios básicos del procedimiento, artículo 41.1.d) y f) LArb 2003.

<sup>665</sup> Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 156. Van Harten añade que, en el caso de los arbitrajes internacionales de inversiones, el control judicial del laudo no solo es débil por el carácter tasado y de interpretación restrictiva de los motivos que pueden fundamentar su revisión -ya sea en fase de anulación o reconocimiento y ejecución-, sino que también lo es por ser muy fragmentario. En efecto, el inversor que ha ganado un juicio arbitral de inversiones puede solicitar su ejecución en multitud de Estados, adoptando como criterios principales la existencia de bienes del Estado condenado y la actitud más o menos intervencionista del Estado ante el que se solicita la ejecución del laudo, *Ibid.*, 156-58.

La crítica de Van Harten al arbitraje de inversiones internacionales por su falta de coherencia<sup>666</sup> no puede trasladarse al arbitraje público que estudio aquí, puesto que, a diferencia del primero, el segundo sí cuenta con un *único* sistema judicial encargado de conocer de las acciones de nulidad contra el laudo arbitral. Por otro lado, los criterios orientativos de arbitrabilidad que sugiero en el capítulo anterior permiten tener en cuenta el factor de la rendición de cuentas. El parlamento es el que debe decidir si, en un ámbito concreto, prefiere fomentar el arbitraje, a pesar de que eso implique que en él no se ofrecerá el mismo grado de rendición de cuentas que en los ámbitos en los que no se puede utilizar el arbitraje. Hay que recordar, además, que la acción de nulidad contra el laudo permite alegar la vulneración del orden público (*public policy*, como expresivamente se denomina en inglés). Se trata de una de los motivos tasados de nulidad del laudo enumerados en el artículo 41.1 LArb 2003, concretamente en su subapartado f).

Así pues, una aplicación del Derecho por parte del árbitro que sea arbitraria y/o gravemente contraria a los intereses públicos en liza siempre será controlable por parte de la jurisdicción. Lo que pasaría en un arbitraje del sector público es que los derechos fundamentales gozarán seguramente de mayor campo de actuación y la cláusula de orden público vería aumentado su protagonismo. Pero esta ampliación de su radio de influencia no vendría causada por la ampliación de su ámbito de aplicación, sino por la ampliación del ámbito en el que se desarrolla el arbitraje.

Así, este mecanismo dejaría de ser utilizado exclusivamente en áreas donde estos principios y derechos constitucionales aparecen igualmente, pero con menos frecuencia, para pasar a ofrecer una alternativa a la jurisdicción en los conflictos que tienen lugar en el sector público, en el que seguramente aparecerán más a menudo cuestiones que se pueden reconducir a la cláusula de orden público.

Además, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la interpretación mayoritaria de la Convención de Nueva York, la cuestión de la arbitrabilidad es tratada como una cuestión de orden público, que va más allá de los intereses de las partes. En consecuencia, el órgano judicial del Estado receptor del laudo puede –e incluso debe, en ciertos países- traer a colación esta cuestión, aunque no haya sido alegada por la parte condenada por el laudo. La LArb 2003 sigue el mismo criterio; en su artículo 41.2, permite que el órgano judicial aprecie de oficio, en el marco de una acción de nulidad, la falta de arbitrabilidad de la controversia o la contravención del orden público. El arbitraje público simplemente debería seguir el mismo modelo.

En definitiva, si se dicta un laudo que condena a una Administración o entidad del sector público, y esta considera que es contrario al orden público, tan solo hará falta que esta interponga una acción de nulidad ante la jurisdicción. Como he dicho, en el ámbito del sector público es probable que el concepto de orden público tenga un alcance más amplio, por la mayor relevancia que tienen en él los derechos fundamentales. De este modo, igual que

---

<sup>666</sup> Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 164-65.

ocurre en el arbitraje de derecho privado, la jurisdicción siempre tendrá la última palabra sobre el margen de decisión que tienen los árbitros.

## 10. Cuestión de constitucionalidad y de ilegalidad

En mi opinión, las mismas razones que han llevado al TJUE a admitir que los tribunales arbitrales en materia contencioso-administrativa, que prevé la legislación portuguesa, puedan plantear cuestiones prejudiciales, deberían conducir al TC a adoptar la misma solución en relación con el arbitraje público que aquí defiendo.

Esto significaría un cambio de posición respecto a la doctrina que ha desarrollado el alto tribunal en relación con la capacidad de los árbitros para plantear cuestiones de constitucionalidad. La posición actual es que el momento procesal oportuno para plantear una cuestión de constitucionalidad ante el TC tiene lugar en el marco del del procedimiento judicial que se abre con la interposición de una acción de nulidad contra el laudo<sup>667</sup>.

Se puede considerar que, en los conflictos que generalmente se resuelven en el arbitraje privado, esta solución no resulta problemática, puesto que la aparición de cuestiones constitucionales es menos habitual. En muchas ocasiones, se tratará de interpretar normas establecidas por las propias partes, como cláusulas contractuales, disposiciones testamentarias o artículos de un estatuto de una sociedad. En cambio, en el arbitraje público podría esperarse que este tipo de debates aparezcan más a menudo, puesto que la invocación de preceptos de normas con rango de ley es más frecuente. En efecto, para las partes puede ser muy útil, a la hora de defender su posición, sostener que la norma cuya aplicación le perjudica resulta contraria a la Constitución.

Sin embargo, esta distinción no sería fiel a la realidad, puesto que la práctica demuestra que, en los arbitrajes privados, incluso en los que versan sobre controversias derivadas de un contrato, pueden emerger cuestiones de índole constitucional o de interpretación del Derecho de la Unión Europea, como acredita la jurisprudencia del TJUE (caso *Eco Swiss*). Hay que tener muy presente, en este sentido, que arbitrabilidad no es sinónimo de ausencia de normas imperativas.

Me parece que lo ideal sería que el TC admitiera la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales en todos los tipos de arbitraje. Como mínimo, esta posibilidad debería abrirse al arbitraje público, puesto que, estadísticamente, es más probable que en él se debata sobre la constitucionalidad de normas con rango de ley. En el fondo, se trataría de seguir el mismo camino que ha abierto el TJUE, que ha adoptado una perspectiva flexible y que, en realidad, no solo no restaría, sino que aumentaría la fuerza operativa de la Constitución.

Para adoptar esta posición, se podrían interpretar de forma flexible, en la línea de la jurisprudencia del TJUE, el artículo 163 CE, que habla de “órgano judicial” al regular la cuestión de inconstitucionalidad, así como el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal

---

<sup>667</sup> ATC 1993/259.

Constitucional, que solo prevé que puedan elevar cuestiones de inconstitucionalidad Jueces y Tribunales.

Por otro lado, ¿qué pasaría con las impugnaciones indirectas de normas reglamentarias, en el marco de la impugnación de un acto administrativo? Este mecanismo es el que puede utilizarse, por ejemplo, al impugnar una licencia de obras. Se puede alegar que la licencia es contraria a derecho porque la previsión normativa del planeamiento urbanístico que le da cobertura es ilegal. Es decir, la nulidad del acto impugnado se deriva de la nulidad del precepto reglamentario que ejecuta. Otro ejemplo sería el de impugnar la denegación de una concesión de dominio público marítimo-terrestre y alegar que el artículo del reglamento de costas que impide el otorgamiento de la concesión es contrario al derecho a la libertad de establecimiento reconocido en el artículo 49 TFUE.

El arbitraje público simplemente debería seguir el mecanismo previsto por la propia LJCA para los casos en los que el órgano judicial que conoce del recurso no es competente para conocer del recurso directo que podría haberse interpuesto contra la disposición de carácter general. En estos supuestos, la LJCA prevé que el órgano judicial que debe resolver el recurso contencioso-administrativo eleve la denominada cuestión de ilegalidad al órgano judicial competente para conocer del recurso directo que podría interponerse contra el reglamento en cuestión (artículo 27.1 LJCA).

El árbitro podría hacer lo mismo. Podría poner fin al litigio resolviendo sobre la legalidad del reglamento con efectos *inter partes* y, posteriormente, elevar la cuestión de ilegalidad al órgano judicial competente. Para ello, evidentemente, debería modificarse la LJCA, en el sentido de permitir que los tribunales eleven estas cuestiones de ilegalidad, o, en la misma línea que proponía antes, realizar una interpretación flexible del concepto, tal y como ha hecho el TJUE en relación con el órgano judicial del que habla el artículo 267 TFUE.

Esta opción me parecería más razonable que la solución prevista para el arbitraje privado respecto a las cuestiones de constitucionalidad o prejudiciales ante el TJUE. Según este modelo, el árbitro resolvería sobre la legalidad del reglamento impugnado indirectamente con efectos *inter partes* y, solo en el caso de que se planteara una acción de nulidad contra el laudo, se abriría la posibilidad de que el órgano judicial elevara la cuestión de ilegalidad. En mi opinión, restringir la posibilidad de elevar la cuestión de ilegalidad al marco del recurso de anulación implica debilitar el objetivo que tiene este instrumento, que es garantizar la seguridad jurídica.



## IX. CONCLUSIONS

1. Traditionally, private-public arbitration has been treated as a “strange guest” in the Spanish administrative law “feast”. Arbitration has usually been confined to private disputes, so that in the realm of administrative law, frequently associated to the public interest, arbitration has been considered to be an outsider. However, several reasons suggest that this assumption should be readdressed.
2. Contrary to the traditional approach to the topic, private-public arbitration must be analyzed from a global perspective, independently from the private or public legal personality of the public entity in question or the commercial or administrative it develops. This point of view is consistent with the approach taken by the relevant laws governing the public sector, administrative proceedings, and procurement, heavily influenced by European Union law. Moreover, arbitration presents the same challenges in both types of public sector conflicts, those governed by administrative law and those governed by private law, therefore it makes no sense to exclude the latter from the analysis. In such a setting, it is more appropriate to talk about private-public arbitration or public sector arbitration, rather than “administrative arbitration”.
3. On the other hand, private-public arbitration is to be clearly distinguished from other institutions, like settlement. While this latter implies that the involved parties come to an agreement which does not necessarily coincide with the strict application of the relevant legal rules, arbitration consists precisely of pursuing a fair proceeding after which a third independent authority makes a decision based on law.
4. The public-private law divide, with origins in the *summa divisio* set out by the roman jurist Ulpian in the III C.E, has often been wielded against arbitration. Nonetheless, the analysis of private-public arbitration should draw from the principle of the unity of the legal system. This distinction, like many other, is indeed useful for organizative or scholarly purposes, but it has proved to be notably elastic. There is not any ultimate reason which allows to separate between both realms, not even basing on the contrast between private and public interests. Consequently, with this boundary not being sufficiently rigid and sharp, it may not prevent arbitration to be used in public sector disputes. All this leads to the conclusion that, even though the private-public law divide remains in place, its contentious character and perimeter avoid it to be considered as a line in the sand which arbitration may not be able to cross.
5. In the same way, administrative enforcement mechanisms (*autotutela administrativa*) should not be deemed as an iron curtain. The allocation of administrative enforcement powers to the public administration can be explained by reasons of efficiency, technical expertise and democratic legitimacy. On the one hand,

arbitration does not substitute the administrative enforcement stadium but the judicial review phase, so that the administrative powers remain intact. Moreover, arbitration is totally compatible to efficiency and technical expertise, to the extent that arbitral tribunals may include experts next to specialized lawyers and it. On the other hand, the democratic legitimacy which sometimes underlies administrative action may be relevant to identify the areas in which arbitration may be more or less appropriate, but it does not constitute a threshold which arbitration may not be able to cross.

6. The existence of a special division of courts for administrative matters within the judicial branch is not contrary to private-public arbitration either. The administrative courts division responds to history and organization reasons, namely efficiency and specialization. Tradition or history in itself do not imply an objection, because nowadays administrative courts in Spain stand as full members of the judiciary and do not present essential differences to civil, criminal or social courts in terms of due process guarantees. Furthermore, the mentioned organization grounds are not incompatible with private-public arbitration either, because arbitration may offer even a higher degree of specialization. Finally, some features which may be considered to be specific of administrative courts, like their placement as reviewing authorities which usually intervene after an administrative action has taken place, the deference to administrative decisions and the doctrines of standing are not against arbitration either, to the extent that arbitrators may also apply these same principles or doctrines.
7. Once it has been established that private-public arbitration is consistent with the above mentioned principles and doctrines, it remains to be checked whether it also suits to the relevant constitutional principles and rules. Before this assessment, though, it should be stressed that the legitimacy of arbitration does not rest on a response to the overload of judicial dockets, but on the flexibility and expertise that arbitral proceedings may deliver, which may contribute to a better effective protection of rights and legitimate interests.
8. Having this in mind, the cornerstone of the analysis is the case law of the Constitutional Court on private arbitration. Despite the apparently strict terms of article 117.3 of the Constitution, providing the monopoly of judicial adjudication by courts, the Constitutional Court has held that private arbitration is consistent with it, since there is no invasion of judicial functions by the legislature or the executive. Basing on the same doctrine, private-public arbitration should not be deemed as contrary to article 106.1 of the Constitution, the terms of which are even more open than the ones of article 117.3. Article 106.1 should be read according to its purpose: to ensure an effective legal protection of the rights and legitimate interests of applicants for judicial review. From this point of view, arbitration is not only consistent with this principle but may contribute to a higher compliance with it. On the other hand, private-public arbitration complies with another important

constitutional principle, the subjection of administrative action to the rule of law. In contrast to settlement, arbitration involves an adjudication process in which an assessment about this conformity is carried out. Finally, private-public arbitration is consistent with European Union law and the relevant international treaties as well.

9. Even if arbitration is legitimate from the constitutional point of view, it should be determined in what kind of public sector disputes it is appropriate to make use of it. The doctrine of non-arbitrability in the realm of private-private disputes has accomplished the important function of setting out what kind of disputes should not be resolved by arbitrators. The meaning of free disposal, which is the arbitrability criterion foreseen in the Spanish arbitration law, remains to be cleared, but, in any case, it may not be translated to public sector disputes, since this concept is not applicable to public entities.
10. Instead of finding an equivalent for public sector disputes, it would be more convenient for parliament to clearly open the gates to arbitration in the areas in which its use is considered to be more appropriated, by enacting a law. In such a way, the the traditional distrust against private-public arbitration could be overcome.
11. Three guiding criteria may be suggested for the parliament to make those decisions. They would be based on 1) the risk of pursuing arbitration proceedings without the consent of all the involved parties, 2) the need for judicial precedents and 3) the higher demand of accountability which some issues may require.
12. The first criterion is based on the assumption that private-public arbitrators would make use of the same mechanisms of administrative courts regarding the notification of parties. Thus, the higher degree of undetermination of standing doctrines in administrative disputes would not prevent arbitration in general terms. Nonetheless, because arbitration proceedings need the express agreement of all the parties, the legislature may consider it too risky to open arbitration to disputes in which there is a notably high degree of undetermination of potentially interested parties and new applicants may appear once the proceedings have been initiated, as it happens with lawsuits regarding rule-making functions.
13. The second criterion refers to the need of judicial precedents in a particular field. Because arbitration implies that less cases are brought before courts, the capacity of the judiciary to make case-law may be softly undermined. Although this effect never leads to a complete disappearance of judicial cases, the legislature may exclude arbitration from certain disputes in order for the courts to have the highest amount of cases for the purpose of making case law.
14. The third criterion is based on the need for higher accountability regarding the adjudication of certain disputes, like those relating to administrative rule-making or planning. In areas in which the administrative action is imbued with a particularly

high degree of democratic legitimacy, courts may be preferred over arbitrators because of the higher accountability they render before the political community for their decisions. The same reasoning applies to disputes in which high amounts of public funds are at stake.

15. In order to dispel doubts regarding the feasibility of private-public arbitration and provide legal certainty, it would be appropriate to have a general law on private-public arbitration passed by the parliament. This law would not only allow private-public arbitration to take place in general terms, but it also would address certain issues which the general private arbitration law does not deal with properly. Matters in which this law would deviate from the private arbitration model are the regulation of the consent of the public party. The submission to arbitration would be foreseen in the law, so that arbitration would take place if all the private parties involved agree to it (standing offer). Another important feature would be the non-confidentiality of arbitral awards.

## Abreviaciones utilizadas

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CE	Constitución española de 1978
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)
FJ	Fundamento jurídico
LArb 2003	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LArb 1988	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LCSP 2017	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJPAC 1992	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRSJP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLA	texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio
TRLSyR	Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre
TRLCSP 2011	Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre
TRLUC	Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto
TS	Tribunal Supremo



## Bibliografía citada

- Albi Ibáñez, Emilio, José Manuel González-Páramo, Rosa María Urbanos Garrido, y Ignacio Zubiri. *Economía pública I*. 4.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 2017.
- Alzaga Villaamil, Óscar. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Amorós Dorda, Francisco Javier. «Poder Judicial. Comentario introductorio al Título VI». En *Comentarios a las leyes políticas. Constitución de 1978. Tomo IX. Artículos 113 a 127*, editado por Óscar Alzaga Villaamil, 297-310. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1987.
- Argüelles, Agustín de. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Editado por Luis Sánchez Agesta. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Asimow, Michael. «Five Models of Administrative Adjudication». *American Journal of Comparative Law* 63, n.º 1 (15 de abril de 2015): 3-31.
- Ballesteros Panizo, Covadonga Isabel. *El arbitraje de derecho público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.
- Bell, John. «Administrative Law in a Comparative Perspective». En *Comparative Law: a Handbook*, 287-311. Oxford: Hart, 2007.
- Bell, John S. «Comparative Administrative Law». En *The Oxford Handbook of Comparative Law*, editado por Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann, 1259-86. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Benítez, Mariano López. «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público». *Documentación administrativa*, n.º 4 (2017).
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, ed. *Comentarios a la ley de arbitraje: ley 36/1988 de 5 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 1991.
- Bermann, George A. «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts». En *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, editado por George A. Bermann, 1-78. Springer, 2017.
- Boix-Palop, Andrés. «Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles». En *Administrative Law in Europe. Between Common Principles and National Traditions*, editado por Matthias Ruffert, 83-89. Groningen: Europa Law Publishing, 2013.
- Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2.<sup>a</sup> ed. Vol. I. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International, 2014.
- Breyer, Stephen G., y Richard B. Stewart. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*. Boston, MA: Little, Brown, 1985.
- Bullinger, Martin. *Derecho público y derecho privado*. Traducido por Antonio Esteban Drake. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976.
- Bustillo Bolado, Roberto O. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. 3.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

- Cabrera, Mercedes. *El arte del derecho: una biografía de Rodrigo Uría Meruéndano*. Barcelona, 2019.
- Canales Gil, Álvaro, y Justo Alberto Huerta Barajas. *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del sector público*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Cane, Peter. *Administrative Law*. 5.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Cano Campos, Tomás. «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador». En *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites*, editado por Bosch. Barcelona, 2017.
- Carrasco Perera, Ángel, y Encarna Cordero Lobato. *Derecho civil: introducción, fuentes, derecho de la persona, derecho subjetivo, derecho de propiedad*. 4.ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- Castro y Bravo, Federico de. *Derecho civil de España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- Chico de la Cámara (dir.), Pablo. *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.
- Cobrerros Mendazona, Edorta. «La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión Arbitral del País Vasco». *Revista de Administración Pública*, n.º 167 (2005): 47-96.
- Conseil d'État. *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Les études du Conseil d'État*. Paris: La Documentation française, 1993.
- Daintith, Terence. «Contractual Discretion and Administrative Discretion: A Unified Analysis». *Modern Law Review* 68, n.º 4 (2005): 554-94.
- Díaz Madrera, Beatriz. «El arbitraje y el Derecho de la contratación pública». En *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, editado por Jorge Luis Collantes González, 155-80. Lima: Palestra, 2007.
- Díez-Picazo Giménez, Ignacio. «Artículo 117». En *Comentarios a la Constitución Española : XXX aniversario*. Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- Díez Picazo, Luis, y Antonio Gullón Ballesteros. *Sistema de derecho civil*. 13.ª ed. Madrid: Tecnos, 2016.
- Díez Sastre, Silvia. «¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?» Instituto de Derecho local - Universidad Autónoma de Madrid, 2016. <http://www.idluam.org/blog/los-tribunales-de-recursos-contractuales-son-organos-jurisdiccionales-silvia-diez/>.
- Dolzer, Rudolf, y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment law*. 2.ª ed. Oxford, 2012.
- Drahozal, Christopher R. «Is Arbitration Lawless?» *Loyola of Los Angeles Law Review*, n.º 40 (2006): 187-215.
- Escartín Escudé, Víctor. «El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 39-40 (2012): 101-63.
- Esplugues Barona, Carla. *Arbitraje y Derecho administrativo. Teoría y realidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Esteve Pardo, José. «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional». En *Fundamentos e*

- instituciones de la regulación*, editado por Santiago Muñoz Machado, 881-921. Madrid: Iustel, 2009.
- Fernández Montalvo, R., P. Teso Gamella, y A. Arozamena Laso. *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial: Centro de Documentación Judicial, 2004.
- Fernández, Tomás Ramón. «El Derecho como diálogo y consenso». En *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, editado por Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández, 19-47. Barcelona: Ariel, 1998.
- Ferreres Comella, Víctor. «Arbitraje, democracia y Estado de Derecho: algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», 2014.
- . *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas, 2002.
- . «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia». En *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, editado por María Isabel de la Iglesia Monje, 43-80. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Ferreres Comella, Víctor, y Juan Antonio Xiol Ríos. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.
- Ferret Jacas, Joaquim. «Límites del arbitraje administrativo». *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 35 (1999): 11-19.
- Fiss, Owen M. «Against Settlement». En *The Law as it Could Be*. New York: New York University Press, 2003.
- . «The Forms of Justice». En *The Law as it Could Be*. New York: New York University Press, 2003.
- Font i Llovet, T., A. Peñalver i Cabré, F. Rodríguez Pontón, y J. Tornos Mas. «Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa». *Revista de Administración Pública*, n.º 208 (2019): 265-77.
- García de Enterría, Eduardo. «Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano. (A propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)». *Revista de Administración Pública*, n.º 85 (1978): 241-59.
- . *Democracia, jueces y control de la administración*. 6a ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009.
- . *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas, 1992.
- . *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Civitas, 1989.
- . «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado». *Revista española de derecho administrativo*, n.º 89 (1996): 69-89.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*. 15.<sup>a</sup> ed. Vol. II. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2017.
- . *Curso de derecho administrativo*. 18.<sup>a</sup> ed. Vol. I. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2017.
- García Pérez, Marta. *Arbitraje y derecho administrativo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

- González-Cuéllar Serrano, María Luisa. «El arbitraje en el Derecho Tributario». *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, n.º 167 (1997): 11-44.
- González-Varas Ibañez, Santiago. «Las negociaciones y el Derecho administrativo: transacciones, convenios, arbitraje». En *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías (Tomo II)*. Madrid: Civitas, 2003.
- Guaita, Aurelio. «Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la Administración». En *Comentarios a las leyes políticas. Constitución de 1978. Tomo VIII. Artículos 97 a 112*, editado por Óscar Alzaga Villaamil, 319-76. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985.
- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. «Artículo 106.1: El control judicial de la Administración». En *Comentarios a la Constitución Española*, editado por Óscar Alzaga Villaamil, 594-582. Madrid: Edersa, 1996.
- Guzmán Brito, Alejandro. «El Derecho público y el Derecho privado». *Persona y Derecho*, n.º 72 (2015): 11-22.
- Hamburger, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, 2014.
- Harten, Gus Van. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford : Oxford University Press, 2007.
- Hondius, Ewoud, y André Janssen. «Original Questionnaire: Disgorgement of Profits». En *Disgorgement of Profits: Gain-based Remedies throughout the World*, editado por Ewoud Hondius y André Janssen, 3-10. Cham: Springer, 2015.
- Huergo Lora, Alejandro. *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*. Bolonia : Real Colegio de España, 2000.
- . «La transacción y el arbitraje». En *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, editado por M. Carmen Chinchilla Marín, 247-90. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle. «Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture». *Arbitration International* 23, n.º 3 (2007): 357–378.
- Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*. Traducido por Luis Legaz Lacambra. Granada: Comares, 2002.
- Landes, William M., y Richard A. Posner. «Adjudication as a Private Good». *The Journal of Legal Studies* 8, n.º 2 (1979): 235-84.
- López Menudo, Francisco. «Arbitraje y Derecho Público». *Justicia Administrativa*, n.º 2 (1999): 5-22.
- Lorca Navarrete, Antonio M<sup>a</sup>. «El arbitraje entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited». *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 2, n.º 2 (1990): 361-70.
- Löwenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducido por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1976.
- Lozano Cutanda, Blanca. «El nuevo “arbitraje” entre la Administración y sus entes instrumentales». *Análisis - Gómez Acebo & Pombo*, s. f.
- Maresca Lasa, Ana. «El arbitraje administrativo». Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2005.

- Martínez López-Muñiz, José Luis. «El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos». *Revista General de Derecho Administrativo* 27 (2011).
- Mashaw, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution : the Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press, 2012.
- Mir Puigpelat, Oriol. «El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional». *Revista de Administración Pública*, n.º 162 (2003): 47-87.
- Montero Aroca, Juan. «Artículo 1». En *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, editado por Juan Montero Aroca, 19-24. Madrid: Civitas, 1990.
- . «Artículo 2. Materias objeto de arbitraje. I. Las materias de libre disposición». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 99-133. Valencia, 2004.
- Muñoz Machado, Santiago. «Crítica de la exclusión de las normas fiscales de los Territorios Históricos vascos del control jurisdiccional contencioso-administrativo». En *El blindaje de las normas forales fiscales*, editado por Juan Manuel Criado Gámez y María Esther Martínez Aguirre, 19-58. Madrid: Iustel, 2011.
- . *La reserva de jurisdicción*. Madrid: La Ley, 1989.
- . *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo I. Historia de las instituciones jurídicas-administrativas-1*. 4.ª ed. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- . *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo II. Historia de las instituciones jurídicas-administrativas-2*. 4.ª ed. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- . *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*. 4.ª ed. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- . *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general. Tomo XIII. Los contratos del sector público*. 2.ª ed. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- Muñoz Sabaté, Luis. *Jurisprudencia arbitral comentada (Sentencias del Tribunal Supremo, 1891-1991)*. Barcelona: Bosch, 1992.
- Nieto, Alejandro, y Tomás Ramón Fernández. *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Barcelona: Ariel, 1998.
- Nieva Fenoll, Jordi. «Las materias indisponibles en el arbitraje». En *Jurisdicción y proceso*, editado por Jordi Nieva Fenoll, 829-58. Madrid, 2009.
- Parada Vázquez, José Ramón. *Derecho administrativo*. 25.ª ed. Vol. II. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias, 2015.
- Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Madrid : Tecnos, 1993.
- . «Algunas reflexiones sobre el “ arbitraje administrativo ”, a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid». *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 1 (1999).

- . *Lecciones de Derecho administrativo*. 8.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- . «Mecanismos convencionales de resolución de conflictos». En *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de derecho público*, editado por Carmen Carretero Espinosa de los Monteros, 175-78. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.
- Paricio Rallo, Eduardo. «El oficio del juez de la Administración». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 81 (2019): 22-31.
- Pascua Mateo, Fabio. *El rapto del derecho privado: las relaciones entre el derecho público y el derecho privado en el Estado regulador*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2015.
- Pérez Moreno, A. «El arbitraje administrativo». *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 43 (2001): 295-99.
- Pérez Moreno, Alfonso. «Justicia administrativa y fórmulas alternativas». En *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, editado por María Jesús Montoro Chiner, 175-84. Barcelona: Atelier, 2003.
- . «Una propuesta de Anteproyecto de reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa por la que se regula la conciliación y el arbitraje intraprocesal». *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 100 (2018): 19-24.
- Pizarro Nevado, Rafael. «De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», n.º 49 (2018).
- Rennert, Klaus. «Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts ? - Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand. Referat auf dem 71. Deutschen Juristentag in Essen». Essen, 2016.
- Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho administrativo económico*. 8.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- . «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho». *Revista de Administración Pública*, n.º 157 (2002): 89-118.
- Rivero Ysern, José Luis. «Las funciones del Defensor del Pueblo en orden a la resolución extrajudicial de conflictos con la Administración Pública». *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 34 (1990): 55-114.
- Rodríguez Elorrieta, Naiara. *La mediación y el arbitraje laboral: una perspectiva desde la mediación, civil y mercantil, y el arbitraje común*. Barcelona: Atelier, 2017.
- Rodríguez Pontón, Francisco José. *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*. Madrid: Thomson Civitas, 2005.
- Rodríguez Portugués, Manuel. «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas». *Revista de Administración Pública*, n.º 208 (2019): 151-78.
- Rojo Fernández-Río, Ángel. «El Registro Mercantil (I). Organización y funcionamiento». En *Lecciones de derecho mercantil*, 16.<sup>a</sup> ed., I:155-68. Cizur Meno: Civitas Thomson Reuters, 2018.
- Rosa Moreno, Juan. *El arbitraje administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- Ruiz Palazuelos, Nuria. *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. Un*

- análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.
- Sánchez Freire, Ángel, y Duarte Gorjão Henriques. «El arbitraje de disputas tributarias en Portugal y reflexiones sobre su posible implantación en España». *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 23/2015 (2015): 95-105.
- Sánchez Morón, Miguel. *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. Madrid : Instituto de España: España Calpe, 1991.
- Sancho Gargallo, Ignacio. «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia». *Indret*, n.º 1 (2009).
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: comentario*. Madrid: Iustel, 2010.
- . *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- . *Principios de derecho administrativo general*. 4.<sup>a</sup> ed. Vol. I. Madrid: Iustel, 2016.
- . *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Madrid: Iustel, 2006.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Blanca Lozano Cutanda, Juan Pedro Quintana Carretero, y Ramón Castillo Badal. *1700 dudas sobre la Ley de lo Contencioso-administrativo*. Editado por Juan Alfonso Santamaría Pastor. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2014.
- Schill, Stephan W. «Erodierung des Öffentliches Rechts durch öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren?» En *Risiko im Recht - Recht im Risiko*. 50. Assistententagung Öffentliches Recht, 265-83. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- , ed. *International Investment law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- . «International Investment Law and Comparative Public Law - An Introduction». En *International Investment Law and Comparative Public Law*, editado por Stephan W. Schill, 3-37. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard. «Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze». En *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, editado por Wolfgang Hoffmann-Riem y Eberhard Schmidt-Aßmann. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1996.
- Soria Martínez, Gabriel, y Martín Bassols Coma, eds. *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- Stiglitz, Joseph E., y Jay K. Rosengard. *Economics of the Public Sector*. New York: W. W. Norton & Company, 2015.
- Strauss, Peter L. *Administrative Justice in the United States*. 3.<sup>a</sup> ed. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2016.
- Tornos Mas, Joaquín. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos». *Revista de Administración Pública*, n.º 136 (1995): 149-77.
- Trayter Jiménez, J.M. «El arbitraje de Derecho Administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 143 (1997).

- Velasco Caballero, Francisco. *Derecho público más derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Vemeule, Adrian. «“No” Review of Philip Hamburger, “Is Administrative Law Unlawful?”» *Texas Law Review* 93 (2015): 1547.
- Vermeule, Adrian. *La abdicación del Derecho. Del imperio del Derecho al Estado administrativo*. Traducido por Luciano Parejo Alfonso. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- . *Law’s Abnegation: from Law’s Empire to the Administrative State*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.
- VVAA. «Crónicas de jurisprudencia». *Revista española de Derecho administrativo*, n.º 190 (2018).



