

# ARBITRAJE COMO CAUCE DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS: ¿EVOLUCIÓN O REVOLUCIÓN?

## ARBITRATION FOR THE RESOLUTION OF ADMINISTRATIVE DISPUTES: EVOLUTION OR REVOLUTION?

CARLA ESPLUGUES BARONA

*Abogada en ejercicio y doctora en Derecho*

Recibido: 26.05.2019 / Aceptado: 19.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4951>

**Resumen:** El siglo XXI amanece con grandes cambios sociales y con la transformación de las propias estructuras de la Administración. Ambas variables afectan a las relaciones entre Administración y ciudadano y llevan a plantear la búsqueda de nuevos medios para la resolución de los conflictos. Frente a la fascinación existente por las denominadas *Alternative Dispute Resolution* o ADR, el Derecho administrativo se presenta como un ámbito repleto de obstáculos frente a las mismas.

**Palabras clave:** arbitraje, ADR, Derecho administrativo.

**Abstract:** The 21st century dawns with social changes and the transformation of the administrative structures. These changes affect the relations between the Administration and the citizens and lead to the search for new ways of solving their problems. Despite the existing allure for the so called Alternative Dispute Resolution or ADR, Administrative law remains a field full of obstacles to their incorporation.

**Keywords:** arbitration, ADR, Administrative Law.

**Sumario:** I. Tradicional negación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos con la Administración. 1. Especialidades del control de la actividad de la Administración. 2. Análisis de constitucionalidad del arbitraje para la resolución de los conflictos administrativos. II. Incorporación de soluciones negociales al Derecho administrativo. 1. Regulación del arbitraje en las normas de Derecho administrativo español. 2. Figuras afines. 3. Contratación administrativa. 4. Arbitraje de inversiones. III. Estado actual y perspectiva de futuro de la incorporación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos.

### **I. Tradicional negación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos con la Administración**

1. El Derecho administrativo se ha caracterizado históricamente por la negación de cualquier posibilidad de someter los conflictos con la Administración a un tercero distinto a un juez. No debe olvidarse que las materias administrativas son por definición indisponibles y que, por mandato constitucional, la Administración se erige en garante del interés público. Es por ello por lo que, tradicionalmente, se ha negado a la Administración española cualquier posibilidad de transigir, de pactar, de convenir; negación que, sin embargo, ha ido relajándose con el paso de los tiempos.

2. A esta tradicional negación se suma la especial posición de la Administración frente a los ciudadanos y frente a los tribunales, derivado de su régimen exorbitante de potestades respecto del Derecho común. En este sentido, y a efectos del objeto de estudio que aquí interesa, conviene destacar que la Administración detiene el privilegio de autotutelarse, es decir, salvo previsión expresa en contrario, la Administración puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sin necesidad de auxilio judicial. Resulta evidente que la autotutela caracteriza y limita la tutela en el ámbito del Derecho administrativo.

3. El origen del Derecho administrativo se remonta a la Revolución Francesa y es en ella en la que es posible hallar el germen y la consolidación del modelo de Administración que nos ha acompañado desde ese momento de la Historia<sup>1</sup>. La Revolución Francesa conllevó la aparición de la Administración contemporánea y con ello, del Derecho administrativo como rama del ordenamiento jurídico.

4. No sólo eso, sino que la Justicia Administrativa<sup>2</sup>, tal y como se conoce hoy en día, surgió con la Revolución Francesa para tratar de poner en práctica el postulado básico de J. LOCKE Y J.-J. ROUSSEAU de “poner a la Ley por encima del hombre”<sup>3</sup>. Hasta ese momento histórico, el aparato administrativo estaba única y exclusivamente al servicio del monarca, quien no sólo monopolizaba el poder legislativo sino también las facultades de impartir justicia.

5. Con todo ello, dejando atrás lo anterior, la Declaración de Derechos de 1789 plasmó ese ideal revolucionario de Justicia, reconociendo expresamente en su artículo 15 que “*la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su Administración*”.

6. La idea de Justicia Administrativa ha ido, sin embargo, evolucionando hasta nuestros días. En la actualidad, dos son las vías por excelencia para resolver los conflictos de los ciudadanos con la Administración: el procedimiento administrativo y el contencioso-administrativo. Ambos cauces parecen, empero, abogarse insuficientes para dar una respuesta ágil y adaptada a las controversias suscitadas entre Administración y ciudadanos.

7. Por lo que al cauce administrativo respecta, la gran mayoría de los recursos administrativos no llegan a resolverse expresamente por la Administración, sino que se desestiman presuntamente, es decir, por silencio administrativo negativo. Pese a que no existen estadísticas oficiales sobre los mismos, resulta sorprendente que, según estadística elaborada por el Ministerio de Justicia, en el año 2011 el 61,9% de los recursos contencioso-administrativos se interponen contra la inactividad administrativa y en especial, contra el silencio administrativo negativo<sup>4</sup>.

8. Destaca, además, la escasa operatividad estructural de estos recursos, siendo que los recursos de alzada se plantean ante el superior jerárquico del órgano que lo dictó, y el de reposición ante el mismo órgano que lo dictó, lo que augura *per se* una baja probabilidad de estimación.

9. Por todo lo anterior, autores como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ subrayan el sinsentido de mantener hoy en día una dualidad de recursos administrativos ordinarios, heredada del pasado, y que difiere en el

---

<sup>1</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I. Historia de las instituciones jurídico-administrativas-I*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015; E. GARCÍA DE ENTERRIA, “La revolución francesa y la formación del Derecho Público”, *Estructuras y formas del poder en la historia: ponencias*, 1991, pp. 157-176.

<sup>2</sup> El término *Justicia Administrativa* no ha sido expresamente acuñado dentro del Derecho administrativo, si bien consideramos que es un concepto ilustrativo para referirnos a la función de juzgar o resolver controversias (Justicia) relativa a conflictos con la Administración (administrativa). Referencias al término de Justicia Administrativa se encuentran J. GONZÁLEZ PÉREZ, “La situación actual de la Justicia administrativa”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 69, 1992.

<sup>3</sup> E. GARCÍA DE ENTERRIA, “La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de Jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, mayo-agosto 2009, p. 168.

<sup>4</sup> Datos referenciados en el *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*: [http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe\\_explicativo\\_APL\\_Jurisdic.\\_Contenc.Ad-mva-3.pdf](http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe_explicativo_APL_Jurisdic._Contenc.Ad-mva-3.pdf)

órgano encargado de resolver el recurso<sup>5</sup>. Pero lo cierto es que el sistema actual favorece a la Administración y resulta difícil identificar motivos por los cuales ésta querría renunciar a las vías existentes en aras de un medio alternativo como el arbitraje.

10. En relación con la vía contencioso-administrativa, pese a que la lentitud y el colapso de los Tribunales de Justicia es un argumento de actualidad, lo cierto es que no se trata de un argumento solvente en torno al que articular la posible incorporación del arbitraje. La incorporación del arbitraje debiera plantearse en torno a otras ventajas tales como la rapidez de este cauce, y, principalmente, la especialización, permitiendo tanto a ciudadano como a Administración obtener una solución adaptada y eficaz a su controversia. En cualquier caso, como se expondrá en el presente artículo, debe negarse el recurso al arbitraje de manera generalizada, puesto que ello supondría un cambio de la concepción política y una transformación total de la Administración, tal y como se conoce en la actualidad. Su incorporación debiera plantearse sobre la base de la delimitación de una posible arbitrabilidad, analizando materia por materia, caso por caso.

11. Tradicionalmente, los argumentos contrarios al recurso al arbitraje para resolver conflictos que enfrenten a un tercero con la Administración oscilan desde la imposibilidad de la Administración de transigir, a la contraposición entre interés público y privado o entre discrecionalidad y legalidad. Es decir, la negación del recurso al arbitraje se articula esencialmente en torno a las particularidades del control de la actividad de la Administración y a ello, se añaden las dudas acerca de la constitucionalidad del arbitraje para la resolución de los conflictos administrativos.

## 1. Especialidades del control de la actividad de la Administración

12. La búsqueda de técnicas efectivas de control de la Administración ha sido una constante a lo largo de la Historia, bautizada en la década de los sesenta por GARCÍA DE ENTERRÍA como “*la lucha contra las inmunidades del poder*”<sup>6</sup>.

13. Como se ha indicado, el modelo administrativo español se caracteriza por la especial posición de la Administración ante los ciudadanos y ante los tribunales derivada de su **régimen** exorbitante de potestades con respecto al Derecho común, caracterizado especialmente por el tradicional principio de legalidad y el de autotutela. Sin duda, ambos principios singularizan y definen la tutela judicial en el seno del Derecho administrativo.

14. La Administración está sometida a la ley, pero también está delimitada por la misma. La idea de sometimiento a la ley proviene de los gobiernos asamblearios, en los que la falta de leyes de atribución de poderes conllevaba que la Administración no podía actuar. Por su parte, la máxima de que la Administración se encuentra limitada por las leyes surge de la Constitución francesa de la Restauración, donde la falta de leyes suponía que la Administración podía actuar a su libre albedrío<sup>7</sup>.

15. En palabras de S. MUÑOZ MACHADO, legalidad significa “*primacía de la ley, también superioridad o jerarquía con respecto de cualquier otra clase de norma; explica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afectan los derechos y libertades; y está conectada, igualmente con la idea de habilitación*”<sup>8</sup>. O, lo que es lo mismo, se trata de afirmar que el Derecho administrativo “*es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del “reino*

<sup>5</sup> T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Presentación: Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa del recurso”, *Documentación Administrativa*, núm. 221, pp. 5-9.

<sup>6</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

<sup>7</sup> S. CASSSESE, *Derecho administrativo: Historia y futuro*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014, p. 342.

<sup>8</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I y III Historia de las instituciones jurídico-administrativas -I*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 99.

de la ley”, el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente “en virtud de la Ley” se puede exigir obediencia”<sup>9</sup>.

16. El ejemplo más representativo del condicionamiento del control de la actuación de la Administración por el principio de legalidad deriva de la distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales.

17. S. MUÑOZ MACHADO diferencia entre potestades regladas y discrecionales señalando que “si los fines a que tiene que dirigirse la actuación administrativa y las decisiones que puede legítimamente adoptar, en su función de servicio a los intereses generales, están predeterminados en la norma, las potestades de la Administración están vinculadas a las previsiones de dicha regulación y se denominan, por ello, regladas. Si la Administración, por el contrario, puede definir su propia política de actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y válidas, estamos ante una potestad discrecional”<sup>10</sup>. Es indudable que esta distinción incide en el alcance del control.

18. Originariamente, la discrecionalidad estaba excluida de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, asemejándola a los actos de autoridad o de imperio<sup>11</sup>. Frente a lo acaecido en Francia con la aparición del *excès de pouvoir*, en nuestro país el sometimiento de la discrecionalidad al control de los tribunales ha sido más lento. No fue hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956<sup>12</sup> que se extendió el control judicial a las potestades discrecionales de la Administración. Y en este sentido, hoy en día la Constitución española establece en sus artículos 24 y 103.1 que corresponde a los tribunales el pleno control de la actividad administrativa, que, a su vez, está sometida a la ley y al Derecho.

19. Pese a lo anterior, los límites de ese control de la jurisdicción han dado lugar a importantes debates, manteniendo a la doctrina administrativista dividida. A título ejemplificativo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha defendido el control judicial de la Administración como parte del control del propio sometimiento a la ley y al Derecho y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>13</sup>. Por su parte, L. PAREJO ALFONSO se ha manifestado a favor de un control de la actuación administrativa de legalidad, pero no de razonabilidad, por cuanto el juez “no desempeña función alguna en la creación de normas jurídicas”<sup>14</sup>.

20. Mientras la legalidad es el marco en el que debe moverse toda actuación administrativa, la autotutela, por su parte, es una ventaja o privilegio referido a las relaciones de la Administración con otros sujetos. La Administración está capacitada para tutelar sus propias situaciones jurídicas<sup>15</sup>.

21. Si bien fue E. GARCÍA DE ENTERRÍA quien acuñó la noción de *autotutela* administrativa, lo cierto es que la misma no es una creación del Derecho administrativo moderno, sino que trae causa del proceso de transformación histórico de las relaciones entre la Administración y la Justicia.

<sup>9</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1996, p. 40.

<sup>10</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, cit., p. 230.

<sup>11</sup> En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 dispuso en su artículo 1º que “*el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración ó por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: 1º. Que causen estado. 2º. Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas. 3º. Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento ú otro precepto administrativo.*”

<sup>12</sup> BOE núm. 363/1956, de 26 de diciembre de 1956.

<sup>13</sup> Especialmente, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit. Posición que sería defendida también por T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994. Ambos autores contemplan, además, la posibilidad de sustitución por los jueces de las decisiones administrativas

<sup>14</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 47-21. Pero lo cierto es que reconoce la posibilidad de sustitución por el juez de la decisión administrativa cuando exista una regla de derecho objetivo (aplicación directa de un precepto legal) que permita determinar una solución concreta.

<sup>15</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, en *Moneda y crédito* núm. 128, 1974, pp. 81-82.

22. En la actualidad, la Administración continúa gozando de una especial posición frente a los tribunales de Justicia. Pero la autotutela no supone la exclusión del control de los tribunales. Se ejerce también con el fin último de defender los intereses generales. Y es que la propia singularidad administrativa es la que hace quebrar la heterotutela por cuanto que la Administración –se entiende–, erigida como garante máximo del interés público, es quien mejor lo tutela.

23. El Tribunal Constitucional ha reconocido que la autotutela administrativa no es contraria a la Constitución siempre que respete los derechos fundamentales<sup>16</sup>. Sin embargo, algunos autores como R. GARCÍA MACHO y J.L. BLASCO DIAZ<sup>17</sup> defienden un análisis de “mayor calado” de la idea de efectividad de la Administración, en el sentido de que la autotutela administrativa no está realmente reconocida por la Constitución, de manera que debiera existir una norma habilitante que estableciera con precisión su contenido material. Si bien estos autores reconocen que la Administración requiere de autonomía para dar cumplimiento a los intereses generales, entienden que debe hacerlo desde una vinculación plena a la ley y al Derecho.

24. Sin embargo, como ya se ha apuntado, el tradicional modelo dual de control de la actuación administrativa, caracterizado por los recursos administrativos y los recursos judiciales, se aboga ineficaz e insuficiente para resolver estos conflictos administrativos, que cada vez son más numerosos y variados y requieren una respuesta más especializada.

25. En este complejo escenario, la aparición de los medios alternativos de resolución de conflictos, las denominadas *Alternative Dispute Resolution* o *ADR*, llevan a plantear si éstas pudieran tener cabida en el Derecho administrativo y, en su caso, cómo sería dicha incorporación y cuáles serían sus límites y reservas.

## 2. Análisis de constitucionalidad del arbitraje para la resolución de los conflictos administrativos

26. En las relaciones con la Administración entran en juego los artículos 103 y 106 de la Constitución Española, que condicionan el control de la Administración, y que sirven de base para cuestionar la aceptación de la vía arbitral para la resolución de los conflictos con la Administración<sup>18</sup>.

27. El artículo 103.1 de nuestra Carta Magna dispone que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”, y por su parte el artículo 106.1 añade que “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.*” El artículo 103 establece, por tanto, que la Administración sirve al interés público, mientras que el artículo 106 prevé que el control de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a los tribunales de Justicia, debiendo conciliarse este control judicial con la autotutela administrativa.

28. Adicionalmente, el artículo 117.3 de la Constitución viene a atribuir en exclusiva a los jueces y tribunales la función jurisdiccional. Se trata, en palabras de S. MUÑOZ MACHADO, de una “*reserva de la función jurisdiccional*” en los jueces y tribunales, que se impone como límite constitucional al

---

<sup>16</sup> Una de las primeras Sentencias del TC que marcó una trayectoria posterior fue la STC 22/1984, de 17 de febrero: “*Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que, a través de sus órganos competentes, procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución.*”

<sup>17</sup> R. GARCÍA MACHO, J.L. BLASCO DIAZ, “Autotutela administrativa”, en S. MUÑOZ MACHADO, *Diccionario de Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, p. 295.

<sup>18</sup> Para mayor desarrollo puede verse C. ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho administrativo. Teoría y realidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 177-181.

ejercicio por los demás poderes del Estado de sus propias funciones<sup>19</sup>. Sin embargo, los árbitros ni ejercen la función jurisdiccional, ni gozan de *imperium* para hacer ejecutar lo juzgado por lo que no existe incidencia respecto de este artículo 117.3<sup>20</sup>.

**29.** Partiendo de estos preceptos, conviene plantear si la configuración constitucional actual permite incorporar cauces alternativos de solución de los conflictos en los que una de las partes es la Administración. Quedarían exentas de este planteamiento las entidades privadas integrantes del sector público<sup>21</sup>, al no tener carácter de Administración Pública<sup>22</sup>.

**30.** Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que únicamente se entienden como constitucionalmente inadmisibles aquellos obstáculos al enjuiciamiento del fondo de un asunto que sean innecesarios y excesivos y que carezcan de cualquier razonabilidad y proporcionalidad (STC 76/1996, de 30 de abril de 1996<sup>23</sup>, 60/1989, de 16 de marzo<sup>24</sup>, 164/1991, de 18 de julio<sup>25</sup>, o 48/1995, de 14 de febrero<sup>26</sup>, entre otras).

**31.** A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha reconocido, aunque en relación con el Derecho privado, que el arbitraje es un “*equivalente jurisdiccional*” (entre otras en STC 62/1991, de 22 de marzo<sup>27</sup> y STC 288/1993, de 4 de octubre<sup>28</sup>) y ha expresado su compatibilidad con el dere-

<sup>19</sup> Puede verse S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989.

<sup>20</sup> En este sentido, ATC 701/1988, de 6 de junio: “*Para resolver el presente recurso de amparo constitucional, ha de señalarse, ante todo, que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad prestacional del Estado, que es la prestación de actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse asimismo que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de poderes públicos que lesionan los derechos fundamentales. Ello significa que, si bien en algunos casos los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia respecto de las decisiones de los árbitros pueden ser vulneradoras de tal derecho, esta regla no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad, las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad, manifestada en el contrato de compromiso, o previamente en las cláusulas o pactos compromisorios, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad o, como suele decirse, al leal saber y entender de los árbitros*” (Fundamento Jurídico 1).

<sup>21</sup> En este sentido, destacamos entre otras, la STS de 6 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1419), que en relación con una sociedad mercantil de carácter estatal concluyó lo que sigue: “*(...) es evidente que en lo que concierne a esta actividad, dentro de lo que constituya el tráfico ordinario y normal de la misma, no ha de verse constreñida por una limitación tan rigorista y contundente como la establecida en el ya señalado artículo 41, sino que ello viene reglamentado por el artículo 106 de dicha Ley que se remite a la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de Diciembre de 1958 (RCL 1958\2073; RCL 1959\12 y NDL 22828), en cuyo artículo 91 se determina que las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas. Con ello, coincide también la propia Ley General Presupuestaria de 4 de Enero de 1977 (RCL 1977\48 y ApNDL 1975-85, 122), que en sus artículos 6-1 y 2 reenvía al Derecho mercantil, civil o laboral la regulación de las Sociedades estatales, salvo en las materias en las que les sea aplicable la propia Ley, que en definitiva se refiere a su actividad puramente administrativa, macroeconómica y financiera, como se deduce de sus artículos 87 a 91.*”

*En conclusión, como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje y 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 Arbitrajes privados de 22 de Diciembre de 1953 (RCL 1953\1734 y NDL 1462) 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 (RCL 1984\2040 y ApNDL 1975-85, 4257) dada la fecha de interposición del recurso, no puede prosperar.”* (Fundamento Jurídico 3).

<sup>22</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015)

<sup>23</sup> BOE núm. 132, de 31 de mayo de 1996, pp. 25-31.

<sup>24</sup> ECLI:ES:TC:1989:60

<sup>25</sup> ECLI:ES:TC:1991:164

<sup>26</sup> ECLI:ES:TC:1995:48

<sup>27</sup> ECLI:ES:TC:1991:62

<sup>28</sup> ECLI:ES:TC:1993:288

cho a la tutela judicial efectiva (STC 174/1995, de 25 de noviembre<sup>29</sup> y la STC 176/1996, de 11 de noviembre<sup>30</sup>).

**32.** Sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo entran en juego los citados artículos 103 y 106, que impiden que lo reconocido por el Tribunal Constitucional en el ámbito del Derecho privado sea directamente extrapolable a esta rama del Derecho.

**33.** Como en todo lo que respecta a la materia interesada, los autores se encuentran divididos en sus posiciones doctrinales. Autores como R. BUSTILLO BOLADO defienden la incompatibilidad del arbitraje en materia administrativa con los citados preceptos constitucionales. Para este autor el término “tribunales” está limitando el control de la Administración a un órgano jurisdiccional<sup>31</sup>. Empero, propone dos razonamientos de admisión del arbitraje<sup>32</sup>, partiendo de los razonamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitución 34/1995, de 6 de febrero. El primero pasaría por entender el arbitraje como “una exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes a la regla general del artículo 106.1 CE”, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones. El segundo razonamiento, por su parte, se fundamenta entre otras, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (con especial referencia a la ya apuntada STC 34/1995, de 6 de febrero), a cuyo tenor “la Constitución no ha definido cuáles han de ser ‘los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional’...”<sup>33</sup>, y, por tanto, permitiría entender que el arbitraje se enmarca dentro de los supuestos de control del artículo 106.1 CE.

**34.** Otros autores como F. LÓPEZ MENUDO, con los que coincidimos, entienden, por su parte, que hay que analizar el artículo 106.1 desde la óptica de la exigencia de control judicial de una determinada actuación priorizando en todo momento el control frente a una ausencia de control. En este sentido, la alternativa de recurrir a un tercero imparcial que desempeñe funciones de “equivalente jurisdiccional” (expresión del Tribunal Constitucional) debería ser priorizada frente a la ausencia de control. Aun cuando la Constitución no contempla estas fórmulas arbitrales, lo cierto es que tampoco las excluye<sup>34</sup>.

**35.** J. TORNOS MAS y J. ROSA MONTERO defienden también una interpretación abierta y extensiva de los preceptos constitucionales. El primero considera que lo que debe garantizarse es la inexistencia de zonas exentas de control, pero se muestra propenso a la aceptación de medios de resolución alternativos a los tribunales<sup>35</sup>. Por su parte, J. ROSA MONTERO ahonda en un elemento relevante a la hora de determinar la aceptabilidad del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos, esto es, la disponibilidad de las materias. Para este autor, la clave reside, igual que para el arbitraje de Derecho privado, en el principio de libre disposición y de autonomía de la voluntad.

**36.** El Estado puede disponer sobre aquellas materias que así se lo permitan, siendo que, en virtud del principio de legalidad, será, en todo caso, la ley la que deberá fijar el contenido de dicha autonomía. Propugna por tanto que no puede establecerse una “admisibilidad genérica e ilimitada”, sino que habrá que estar a la materia concreta<sup>36</sup>.

**37.** Téngase presente que las materias susceptibles de someterse a arbitraje deben ser materias de libre disposición de las partes, y de ahí las cautelas por parte del Derecho público, puesto que la ac-

<sup>29</sup> ECLI:ES:TC:1995:174

<sup>30</sup> ECLI:ES:TC:1993:288

<sup>31</sup> R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 456.

<sup>32</sup> R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos...*, ob cit, p. 458-460.

<sup>33</sup> Fundamento Jurídico tercero.

<sup>34</sup> F. LÓPEZ MENUDO, “Arbitraje y Derecho público”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, Madrid, 1999, p. 12.

<sup>35</sup> J. TORNOS MAS, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995.

<sup>36</sup> J. ROSA MONTERO, *El arbitraje administrativo*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1998, p. 77-79.

tuación administrativa está vinculada al principio de legalidad y de ahí que surjan dudas acerca de si la misma podría entenderse incluida dentro del concepto de “libre disposición”<sup>37</sup>.

38. Nuestro entendimiento es que debe concluirse la constitucionalidad del recurso al arbitraje también en aquellos supuestos en los que la Administración es parte en conflicto, puesto que debe primar una interpretación extensiva de dichos preceptos, siendo que prevalece el control de la actividad de la Administración y el derecho a la tutela judicial efectiva, sin dejar zonas exentas de control<sup>38</sup>. Sin embargo, no puede admitirse el recurso al arbitraje para la resolución de todos los conflictos administrativos de manera indiscriminada. No puede aceptarse un arbitraje administrativo obligatorio, sino que resulta necesario delimitar la arbitrabilidad o no del objeto de la controversia, garantizando en todo momento, el respeto al interés público<sup>39</sup>.

## II. Incorporación de soluciones negociales al Derecho administrativo

39. Las transformaciones sociales que han acaecido durante el último siglo, así como la propia evolución política y económica han conllevado una innegable búsqueda de nuevas formas de abordar los conflictos administrativos.

40. Frente a la tradicional negación de someter los conflictos administrativos a cualquier tercero que no sea un juez, encontramos ejemplos en nuestro ordenamiento que evidencian la apertura hacia la búsqueda de soluciones negociales alternativas a las tradicionales vías existentes, para la resolución de los conflictos con la Administración.

41. El reto en estos años se ha encontrado en la combinación y equilibrio entre la exigencia del principio de legalidad administrativa con la necesidad de consagrar la eficiencia del modelo y a su vez su extensión a quienes exigen y necesitan de esa eficiencia, que son los ciudadanos.

### 1. Regulación del arbitraje en las normas de Derecho administrativo español

42. La primera referencia que se puede encontrar en las normas de Derecho público sobre arbitraje se remonta al Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852<sup>40</sup> por el que se establece la primera normativa española sobre contratos de servicios públicos. Dicho Real Decreto prohibía expresamente en su artículo 12 recurrir al arbitraje para resolver conflictos derivados de la ejecución de los contratos en los que la Administración fuera parte, obligando a que fuera necesariamente la jurisdicción contencioso-administrativa la que conociera de tales discrepancias.

43. Casi sesenta años después, con la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911 se produce una cierta apertura, permitiendo el arbitraje para la resolución de los conflictos relativos a derechos de la Hacienda pública, siempre que una Ley previa así lo autorizase. Esta misma concepción se reprodujo en la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado<sup>41</sup>, respecto de los bienes o derechos patrimoniales.

---

<sup>37</sup> J.M. TRAYTER., “El arbitraje en Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo-agosto 1997, p. 85.

<sup>38</sup> En el mismo sentido concluye, entre otros, R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Pamplona, Aranzadi, 2004, 2ª ed., p. 456.

<sup>39</sup> Un estudio de las posibles materias arbitrables en Derecho administrativo puede verse en C. ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho administrativo...*, cit., pp. 229-250.

<sup>40</sup> BOE de 2 de octubre de 1852

<sup>41</sup> BOE de 27 diciembre de 1962

44. En la década de los años ochenta, la Ley General Presupuestaria del año 1988 (aprobada por Real Decreto Legislativo 1091/1988<sup>42</sup>) incorporó la posibilidad de someter a arbitraje las controversias relativas a derechos de la Hacienda Pública, esta vez cuando así se decidiera expresamente por el Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.

45. Numerosos son los ejemplos posteriores que han continuado con la idea de sometimiento a arbitraje de determinados conflictos sectoriales con restricciones, siempre y cuando exista una habilitación o autorización expresa.

46. Pero fue con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)<sup>43</sup> se incorporó de manera evidente la posibilidad de recurrir a otros cauces, distintos de los ya existentes, para resolver los conflictos administrativos. Así, el entonces artículo 88.1 de la LRJPAC establecía que: *“Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas, tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción”*, reconociendo, por tanto, la posibilidad de disponer por parte de la Administración.

47. A mayor abundamiento, el artículo 107.2 de la LRJPAC incorporó expresamente la posibilidad de sustituir mediante ley, el recurso de alzada o reposición *“por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje”*, ante órganos colegiados no sometidos a instrucciones jerárquicas y respetando los principios, garantías y plazos del procedimiento administrativo. Por tanto, el legislador español del año 1992 incorporó la posibilidad de recurrir a cauces alternativos, entre ellos el arbitraje, para la resolución de los conflictos administrativos.

48. Pese a que pudiere parecer lo contrario, el artículo 107.2 de la LRJPAC no incorporó una vía arbitral equivalente al arbitraje como se conoce en Derecho privado, sino una vía arbitral sustitutiva y alternativa de los recursos administrativos, regida por los principios, garantías y plazos aplicables al procedimiento administrativo y carente de los elementos esenciales del arbitraje propio, como el efecto de cosa juzgada. Es decir, las decisiones que se adoptaren en dicha vía arbitral tendrían consideración de acto administrativo y serían recurribles en vía judicial, careciendo de una de las notas esenciales del arbitraje tal y como lo conocemos, esto es, el valor de cosa juzgada<sup>44</sup>.

49. Con todo ello, no puede negarse que el artículo 107.2 de la LRJPAC supuso una innovación y evidenció el interés del legislador español de aquel entonces por la búsqueda de nuevos cauces para resolver los conflictos administrativos. Sin embargo, su virtualidad práctica fue prácticamente nula, siendo el ejemplo más representativo el del Tribunal Administrativo del Deporte.

50. Empero, el legislador español del año 2015 decidió reproducir literalmente en la nueva ley de procedimiento administrativo (artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)<sup>45</sup>).

51. Por tanto, a día de hoy resulta innegable que existe en nuestro ordenamiento una previsión que permitiría desarrollar un cauce, que aun cuando no equivalente a la vía jurisdiccional, sí sería sustitutivo de los recursos administrativos.

## 2. Figuras afines

52. Como consecuencia de la aprobación de la LRJPAC, surgen normas en las que se incorporan técnicas sustitutivas de los recursos administrativos que se denominan en algunos casos arbitrajes, pero

<sup>42</sup> BOE de 29 de septiembre de 1988

<sup>43</sup> BOE de 27 de noviembre de 1992

<sup>44</sup> M. GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 114.

<sup>45</sup> BOE de 2 de octubre de 2015

que realmente no lo son. El legislador ha empleado el término de arbitrajes administrativos, pero en realidad son cauces administrativos en los que los elementos esenciales del arbitraje (función jurisdiccional, voluntariedad, independencia e imparcialidad etc.) no concurren.

**53.** J.R. PARADA VÁZQUEZ emplea el calificativo de “*actividad administrativa arbitral*”<sup>46</sup> para referirse a la actividad de la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los ciudadanos sobre derechos privados o administrativos. Se trata, por ejemplo, de las Juntas arbitrales de consumo, las antiguas comisiones de sectores regulados (energía, telecomunicaciones, etc.), las funciones arbitrales de la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), entre otras. Así, la actividad administrativa arbitral implica que la Administración resuelve el conflicto surgido entre dos particulares, mientras que, recordemos, en el caso del arbitraje en Derecho administrativo propiamente dicho la Administración es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje de un tercero.

**54.** Existe una segunda categoría de supuestos, en los que, por el contrario, los elementos básicos de naturalización del arbitraje están ausentes. Se trata de aquellos supuestos a que refiere actualmente el artículo 112.2 de la LPAC, que no son propiamente arbitraje, sino que están próximos a una modalidad de procedimiento administrativo. La Administración actúa a la vez como parte en conflicto y como órgano decisor, lo que implica obviamente una quiebra de los componentes esenciales de la institución del arbitraje. Como ya se ha indicado, el desarrollo normativo del artículo 107.2 de la LRJPAC, actual artículo 112.2 de la LPAC ha sido escaso y muy pocas leyes sectoriales han llegado a implantar cauces de revisión sustitutivos de los recursos administrativos. El ejemplo más significativo sería el del arbitraje en materia deportiva<sup>47</sup>.

**55.** En tercer lugar, con la Ley 11/2011, de 20 de mayo<sup>48</sup>, surge la posibilidad de utilizar el “arbitraje” referido a la resolución de conflictos intraadministrativos, regulando un cauce específico procedimental destinado a resolver conflictos internos entre la propia Administración General del Estado y sus entes instrumentales. Su Disposición Adicional Única incorpora un cauce para la resolución de conflictos en el seno de la propia Administración. Se trata nuevamente de un cauce administrativo, no voluntario, aunque la resolución no será recurrible ante la jurisdicción<sup>49</sup>.

**56.** No obstante lo anterior, el verdadero arbitraje administrativo debería ser el que tuviera vocación de ser *sustituto de* (no en vano se emplea el término de “alternativo” al referirnos al arbitraje como institución en el ordenamiento jurídico), medio de solución de los conflictos más allá del control judicial. Para ello el órgano que resuelve debe ser neutral y no ser parte y decisor. Y, además, la decisión no debería someterse a control posterior, porque la esencia del arbitraje es y debe ser que la decisión sea título ejecutivo extrajurisdiccional.

**57.** Pese a todo, las figuras existentes en el ordenamiento administrativo podrían servir de ejemplo e inspiración para la construcción del modelo de arbitraje administrativo, demostrando a través de su experiencia, los puntos clave y los desarrollos que pudieran tomarse en consideración.

### 3. Contratación administrativa

**58.** Si reflexionamos acerca del ámbito por excelencia para la incorporación del arbitraje como cauce de resolución de conflictos con la Administración este sería, sin duda, el de la contratación.

<sup>46</sup> J.R. PARADA VÁZQUEZ: *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1994, 6ª ed., pp. 533 y ss.

<sup>47</sup> Vid. C. ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho administrativo*, cit., pp. 168-172; E. GAMERO CASADO, “La revisión de las sanciones” en A. MILLÁN GARRIDO (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, Bosch, 2007.

<sup>48</sup> BOE de 21 de mayo de 2011

<sup>49</sup> Para un análisis más exhaustivo de este cauce, puede verse B. BELANDO GARÍN, “Disposición Adicional Única”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2 ed.; B. LOZANO CUTANDA, “El nuevo “arbitraje” entre la Administración y sus entes instrumentales”, *Diario La Ley*, núm. 7716, Sección Tribuna, La Ley, 17 octubre 2011.

**59.** El principal obstáculo para la aceptación de la institución arbitral en los contratos celebrados entre sujetos privados y Administración se debió al régimen exorbitante de potestades de la Administración y su especial posición en los contratos, frente a una institución como el arbitraje, de marcado carácter privado y basada en la igualdad y la autonomía de las partes.

**60.** Como ya se ha expuesto, históricamente la regla general era la de la prohibición total del arbitraje en materia de contratación, ejemplificada en el citado Real Decreto del Consejo de Ministros de 1852.

**61.** No será hasta cien años después que comenzaría a plantearse una cierta apertura. Durante la tramitación del anteproyecto de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>50</sup> el Consejo de Estado<sup>51</sup> evidenció un trato desigual entre los contratos suscritos con empresas nacionales y los firmados con empresas extranjeras<sup>52</sup>, evidenciando la necesidad de incorporar el arbitraje para toda la contratación administrativa, sin distinción de nacionalidad de las partes contratantes.

**62.** Pese a ello, el artículo 117.3 de dicha Ley 13/1995 estableció que *“En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros”*, añadiendo 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*. Es decir, mientras para los contratos celebrados con empresas españolas la Ley exigía la necesidad de aprobación mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado, favorecía el recurso al arbitraje para aquellos contratos celebrados con empresas extranjeras.

**63.** El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>53</sup>, se mantuvo en la misma línea, recogiendo el mismo tenor en sus artículos 60.2 y 117.3.

**64.** Fue con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>54</sup>, que se reconoció de manera evidente que *“Los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.”* La Ley 30/2007 permite así, que las entidades públicas que no tengan carácter de Administraciones Públicas sometan a arbitraje aquellas dispuestas que puedan surgir durante la vida de sus contratos, declarando explícitamente la arbitrabilidad de los conflictos relativos a la ejecución y extinción de los contratos. Desaparece, además, en la Ley 30/2007 el condicionamiento del sometimiento a arbitraje a lo dispuesto por la Ley General Presupuestaria.

**65.** La Ley 30/2007 registró la posibilidad de someter a arbitraje de Derecho privado aquellas controversias surgidas en relación con los efectos, cumplimientos y extinción de los contratos celebrados con entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, es decir, de los contratos privados. Por tanto, excluye el arbitraje en los contratos administrativos, propiamente dichos, y no remite a un posible modelo arbitral de Derecho administrativo, sino a las normas de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje<sup>55</sup>. Pese a que pudiera

<sup>50</sup> BOE de 19 de mayo de 1995

<sup>51</sup> Dictamen del Consejo de Estado 214/1992, de 21 de mayo: <http://doctrina-administrativa.vlex.es/vid/-314968890>.

<sup>52</sup> F. GARCÍA ORTELLS, “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho Público”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 16, 2013.

<sup>53</sup> BOE de 21 de junio de 2000

<sup>54</sup> BOE de 31 de octubre de 2007

<sup>55</sup> BOE de 26 de diciembre de 2003

parecer lo contrario, no se está planteando el recurso al arbitraje para la resolución de controversias de Derecho administrativo, sino única y exclusivamente la posibilidad de someter a arbitraje de Derecho privado aquellas cuestiones de la contratación con las Administraciones Públicas que se rige *per se* a Derecho privado.

66. Dicho precepto de la Ley 30/2007, se reprodujo en el artículo 50 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero ha sido suprimido en la actual Ley 9/2017, de 9 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.

67. El legislador del año 2017 ha optado por eliminar la remisión al recurso al arbitraje para los contratos privados y ha mantenido únicamente la necesidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos con empresas extranjeras.

#### 4. Arbitraje de inversiones

68. El arbitraje de inversiones es un claro exponente del recurso a esta institución para resolver conflictos entre Estados y particulares. Pese a que este mecanismo ya se recogió en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (más conocido como Convenio CIADI), lo cierto es que se ha incrementado espectacularmente en las últimas décadas<sup>56</sup>.

69. El modelo CIADI se ha venido caracterizando tradicionalmente por su eficacia. Incorpora una presunción del carácter exclusivo del arbitraje CIADI con respecto a cualquier otro. Cuando concurre un sometimiento válido al CIADI, tanto el reconocimiento de la competencia exclusiva del tribunal arbitral nombrado al amparo del convenio, como el aislamiento de su actividad de cualquier actuación que pueda proceder de los tribunales internos de los Estados involucrados, con la obligación por parte de éstos de abstenerse de conocer de la eventual controversia suscitada ante ellos<sup>57</sup>.

70. El recurso al arbitraje, ya sea CIADI o para resolver disputas en materia de inversiones, se recoge también en los Tratados de libre comercio que en los últimos años se han ido concluyendo con un número creciente de Estados<sup>58</sup>.

71. La relevancia que el arbitraje de inversiones ha alcanzado en este tiempo y su impacto sobre la capacidad de actuación del Estado ha llevado a algunos a superar su estricta consideración como mecanismo de resolución de una categoría peculiar de disputas, entendiéndolo como una manifestación de la idea de gobernanza global<sup>59</sup>.

72. El arbitraje entre Estado e inversor forma parte de esa nueva estructura de gobernanza global y los tribunales arbitrales, sobre la base de un acuerdo previo, actúan como agencias y enjuician una específica actuación del Estado. Ello forma parte del actual Derecho administrativo global, que abarca,

<sup>56</sup> Por todos, A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY et al., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, 4ª. Ed. Pp. 644-647.

<sup>57</sup> E. FERNÁNDEZ MASIÁ., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 95. En el mismo sentido, C. SCHREUER, C., L. MALINTOPPI, A. REINISCH et al, "Exclusive Remedy", en *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, CUP, 2009, p. 348 y ss. o Y. PÉREZ PACHECO, "Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4-1, p. 331.

<sup>58</sup> <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

<sup>59</sup> P. NAVARRO RODRÍGUEZ, "El nuevo Derecho Administrativo global como lex administrativa en el arbitraje internacional de inversiones", *La Administración al día*, 21.7.2016, pp. 1-2 (disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506387>, último acceso 28.1.2019).

entre otras cuestiones, la actuación de los Estados cuando los efectos de la misma exceden sus propias fronteras<sup>60</sup>.

73. Hasta el año 2013, el Reino de España únicamente había sido demandado dos veces ante el CIADI<sup>61</sup>.

74. Con la reforma del régimen retributivo de las instalaciones productoras de energía eléctrica mediante fuentes renovables llevada a cabo entre los años 2013 y 2014<sup>62</sup> los arbitrajes de inversiones frente a España se disparan exponencialmente. En la actualidad, se han dictado ya ocho laudos (dos favorables al Reino de España y seis desfavorables), quedando aún pendientes de resolución una treintena de arbitrajes internacionales frente al Reino de España por esta reforma.

75. Los arbitrajes de inversiones en materia de energía frente al Reino de España no están exentos de polémica. Mientras la generalidad de los inversores españoles únicamente han podido atacar dicha reforma y sus efectos recurriendo a los mecanismos ordinarios de Derecho español, esto es, mediante recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Supremo, aquellos considerados “inversores” a efectos del Tratado de la Carta de la Energía hecho en Lisboa a 17 de diciembre de 1994, contaban con una garantía de protección adicional fundamentada en el Derecho internacional de inversiones: recurrir a un arbitraje internacional. Ahondando en todo ello, además, ante una misma realidad, los resultados obtenidos en el ámbito doméstico y en los arbitrajes internacionales han sido dispares.

76. En efecto, la Carta de la Energía prevé en su artículo 26.4 la posibilidad, a la hora de acionar, de optar entre acudir (i) al CIADI, en caso de que tanto el inversor como el Estado sean parte en el Convenio CIADI; (ii) a un árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad hoc* del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; o (iii) a un procedimiento de arbitraje ante el Instituto de Comercio de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

77. Inicialmente los arbitrajes estaban siendo resueltos en favor del Reino de España, con los laudos *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*<sup>63</sup> e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*<sup>64</sup> hasta el laudo de 4 de mayo de 2017 *Eiser Infrastructure Ltd. y Energía Solar Luxembourg, S.A.R.L., c. Reino de España*<sup>65</sup>, que condenó al Estado español a pagar 128 millones de euros a las demandantes, aunque el laudo se encuentra recurrido por el Reino de España. Desde entonces, son ocho los laudos dictados, de los que seis lo son en contra de España, total o parcialmente, y dos a su favor, permaneciendo pendientes de resolución más de una treintena de procedimientos de arbitraje internacional contra el mismo.

78. El modelo de arbitraje de inversiones no es extrapolable a un posible arbitraje administrativo en Derecho español, principalmente porque en estos supuestos la Administración no actúa investido de *imperium* y, por ende, investido de las prerrogativas que le sitúan en clara superioridad jurídica respecto

<sup>60</sup> B. KINGSBURY, S. SCHILL, “El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad, y el emergente Derecho administrativo global”, en B. KINGSBURY, R.B. STEWART, *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016, pp. 575 y ss.

<sup>61</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (ICSID Case No. ARB/97/7) e *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB 18 Las Rozas, S.L. c. Reino de España* (ICSID Case No. ARB/12/17)

<sup>62</sup> Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013); Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE núm. 140, de 10 de junio de 2014; Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE núm. 150, de 20 de junio de 2014).

<sup>63</sup> Caso CCE N° ARB/062/2012, <https://www.italaw.com/cases/2082> (última visita 16.2.2019).

<sup>64</sup> Caso CCE n° ARB/153/2013 <https://www.italaw.com/cases/5893> (última visita 16.2.2019).

<sup>65</sup> Caso CIADI n° ARB/13/36 [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf) (última visita 16.2.2019).

del inversor. Pero constituye un claro ejemplo de esa evidente apertura hacia la búsqueda de cauces de resolución de controversias en las que interviene un Estado; y pudiera servir de inspiración para la construcción de un modelo de arbitraje administrativo interno.

### III. Estado actual y perspectiva de futuro de la incorporación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos

79. Pese a que la actualidad de la materia pueda llegar a pensar lo contrario, la incorporación de otros medios alternativos para la resolución de los conflictos administrativos es una cuestión controvertida desde hace siglos. Tal y como hemos analizado, aun con restricciones y cautelas, existen ejemplos normativos suficientes que acreditan que el legislador español se ha planteado la posibilidad de recurrir a medios alternativos de resolución de controversias a lo largo de la Historia.

80. Hasta el momento dos han sido los cauces por excelencia para la resolución de los conflictos entre ciudadanos y Administración, la del procedimiento administrativo y la del proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, el siglo XXI amanece con enormes transformaciones sociales y con cambios en las propias estructuras de la Administración que conllevan que las relaciones jurídico-administrativas son cada vez más complejas. El Estado, tal y como se concibió tradicionalmente, está sujeto a un continuo proceso de transformación.

81. No se debe olvidar que la aparición con fuerza de las denominadas ADR en el ámbito del Derecho privado resulta de una evolución que, afectando a todos los ámbitos de la vida, dio origen a una nueva manera de resolver conflictos. Y el Derecho administrativo no es ajeno a esos cambios en la vida de los ciudadanos y en la propia Administración. Primero fue la Constitución de 1978; posteriormente, la ruptura de las barreras nacionales y el surgimiento de instancias y organismos internacionales y supranacionales, y tras ello, la creciente complejidad social acompañada de una crisis económica, social y de valores. El Derecho administrativo, tal y como se conoce en nuestros días, ha evolucionado y continúa evolucionando. Comienza a hablarse de la noción de gobernanza global y de un “*espacio administrativo global*”<sup>66</sup> y ello, indefectiblemente, lleva a la búsqueda de cauces alternativos para la solución de los conflictos administrativos, soluciones ágiles y adaptadas a la realidad de los conflictos.

82. Se trata de buscar lo que S. BARONA VILAR denomina, aunque no expresamente para el ámbito administrativo, un “*nuevo paradigma de Justicia*”, basado en una “*Justicia integral*”<sup>67</sup>.

83 Sin perjuicio de las necesidades concurrentes en la sociedad global que han propiciado la transformación jurídica española en numerosos sectores, hay una realidad innegable, cual es la proliferación de normas sectoriales que de forma imparable han venido afectando al Derecho administrativo, ya sea de manera directa o indirecta. Y en este sentido, se han ido introduciendo, aunque tímidamente, normas administrativas que refieren a sistemas convencionales de solución de conflictos administrativos; algo que, si bien hasta la fecha venía resultando poco común, en la actualidad ya no resulta ajeno al mundo del Derecho administrativo.

84. A mayor abundamiento, conviene destacar que, a día de hoy, la incorporación de la mediación administrativa va cobrando fuerza en nuestro ordenamiento, debiendo destacar la existencia de proyectos pilotos que la fomentan<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> B. KINGSBURY, R.B. STEWART, *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, cit., pp. 25-27.

<sup>67</sup> S. BARONA VILAR, “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución de paradigma”, en S. BARONA VILAR (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 53-54.

<sup>68</sup> C. ESPLUGUES BARONA, “Mediación en Derecho administrativo”, *Revista Jurídica Digital UANDES* 2/2, 2018, pp. 65-79.

**85.** Como hemos analizado, pese a la escasa virtualidad práctica del actual artículo 112.2 de la LPAC, existe en nuestro ordenamiento cobertura normativa para el desarrollo de un sistema arbitral, que, sin ser equivalente de la vía jurisdiccional, sustituya a los recursos administrativos de alzada y reposición. Esta podría ser una primera vía a explorar y a desarrollar para una auténtica incorporación del arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo, creando en los operadores jurídicos, la Administración y los ciudadanos, mediante la experiencia práctica, la opinión de que el arbitraje puede llegar a ser un mecanismo eficaz de resolver los conflictos administrativos.

**86.** Como hemos expuesto, resulta innegable la evidente crisis de los recursos administrativos, que únicamente sirven de instancia previa a la judicial pero que no la evitan, con un escaso porcentaje de éxito por parte de los ciudadanos que favorece que un sentimiento de desconfianza por parte de estos<sup>69</sup>. configurado como verdadera alternativa al control judicial. Iver los conflictos administrativos. namiento a dos Estados,

**87.** Por su parte, el arbitraje como equivalente jurisdiccional carece de cobertura normativa en nuestro ordenamiento en la actualidad. Este arbitraje administrativo alternativa a la vía judicial no podría, en cualquier caso, presentarse en términos puramente economicistas, sino como un instrumento que otorga garantías al ciudadano y una tutela realmente efectiva. Lo contrario supondría desnaturalizar la Justicia administrativa y llevarla una transformación puramente privatista. No debe perderse de vista el fundamento y la naturaleza propia del sistema administrativo.

**88.** Con todo ello, en el año 2001 llegó a existir un borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo. Sin embargo, no pasó de borrador. El mismo, sobre la base de la previsión existente en la entonces LRJPAC, trató de incorporar en nuestro ordenamiento una norma reguladora del arbitraje administrativo.

**89.** El borrador definía arbitraje administrativo como “*aquella vía extrajudicial de solución de conflictos, alternativa a los recursos administrativos y contencioso-administrativos, basada en la intervención de terceros revestidos de facultades dirimentes*”. Partía de la previsión de la entonces LRJPAC pero incorporaba elementos propios del arbitraje común, como por ejemplo, el carácter de cosa juzgada del laudo que se dictase. Se buscó, por tanto, implementar un arbitraje único de naturaleza *sui generis*, sustitutivo tanto del procedimiento administrativo como del contencioso-administrativo.

**90.** En nuestra opinión, la incorporación del arbitraje en Derecho administrativo sería factible siempre y en todo caso, a dos velocidades o en dos tiempos. Un primer tiempo en el que, haciendo uso de la previsión ya existente en nuestro ordenamiento, se implementara un sistema arbitral sustitutivo de los recursos administrativos. La incorporación efectiva del arbitraje como sustituto de los recursos administrativos favorecería en los ciudadanos y en la propia Administración la convicción de que el arbitraje puede ser un mecanismo eficaz para la resolución de los conflictos administrativos. Solo así podría llegar a abordarse, hipotéticamente, la incorporación del arbitraje configurado como verdadera alternativa al control judicial.

**91.** Y, en cualquier caso, este arbitraje no podría aceptarse de manera generalizada sino que debiera partir de la negación de arbitrabilidad de las materias administrativas, aceptando el arbitraje única y exclusivamente en determinados supuestos en los que no esté en juego el interés público.

---

<sup>69</sup> Así se puso en evidencia, entre otros, en el *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa* elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 2013.