

Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo», a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA CONVENIENCIA DE LA INCORPORACIÓN EN SEDE AUTONÓMICA DE INSTITUCIONES PROCEDIMENTALES GENERALES DE «COMPOSICIÓN» PARA LA DESCARGA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.— II. LA DEMANDA DE FÓRMULAS ALTERNATIVAS AL CONTROL INTERNO Y JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.— 1. Las causas y las razones de la demanda. 2. Las fórmulas alternativas, no arbitrales, planteadas y sus finalidades; el estado de su recepción por el Derecho positivo. III. EL ARBITRAJE.— 1. La dificultad de su introducción en Derecho Administrativo, a pesar de su juego en él. 2. La razón de ser del distinto tratamiento en Derecho común o privado y en Derecho administrativo. 3. Las posiciones y soluciones tradicionales y su reciente evolución. 4. La viabilidad del arbitraje en el Derecho Administrativo.

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA CONVENIENCIA DE LA INCORPORACIÓN EN SEDE AUTONÓMICA DE INSTITUCIONES PROCEDIMENTALES GENERALES DE «COMPOSICIÓN» PARA LA DESCARGA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La Comunidad Autónoma de Madrid ha reaccionado con destacable prontitud a la reciente actualización del procedimiento administrativo común. La Ley 8/1999, de 9 de abril, de la Asamblea de Madrid, de adecuación de la normativa de dicha Comunidad a la Ley general-estatal 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, publicada estando este último texto legal aún en período de *vacatio* y con entrada en vigor prácticamente sincronizada con la del mismo, adopta, en efecto, un conjunto de medidas diri-

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid. Secretario General de la Universidad

gidas a ajustar el ordenamiento autonómico, en el orden procedimental administrativo, al régimen legal común de éste.

Es resaltable, sin embargo, la concentración de dichas medidas en el juego de la técnica del llamado silencio administrativo (plazo máximo para la resolución expresa y efectos de la notificación tempestiva de resolución alguna) y su práctica limitación, en todo caso, a aspectos centrales del régimen de la actividad administrativa clásica, es decir, unilateral, formalizada y dirigida derechamente a producir actos con relevancia jurídica: la delegación de competencias, la revisión de los actos y la responsabilidad patrimonial. Incluye también el tratamiento de la competencia para la suscripción de convenios de colaboración y cooperación, justificada desde luego por la importancia destacada de éstos en el Estado autonómico. Hay, pues, un cierto — aunque no completo — paralelismo con las preocupaciones subyacentes a la modificación legislativa general-estatal.

No se ha aprovechado, pues, la nueva ocasión que se brindaba para abordar y hacer operativas las técnicas e instituciones novedosas («alternativas» de las tradicionales) introducidas ya por el legislador general-estatal de 1992 y que están aún esperando el impulso final que los términos de su regulación legal hacen preciso para su plena operatividad y, por tanto, el expedito despliegue de las potencialidades renovadoras de los términos tanto del cumplimiento de la actividad administrativa formalizada (introducción de los actos consensuales, incluso con función plenamente sustitutoria de los unilaterales, en la resolución de los procedimientos administrativos), como del arreglo de los contenciosos derivados de las relaciones jurídico-administrativas (reclamación, conciliación, mediación y arbitraje en sede impugnatoria de actos administrativos y con función sustitutoria de los procedimientos tradicionales: recursos potestativo de reposición y de alzada). Y ello, a pesar de que el propio legislador general-estatal de la modificación de 1999, consciente de la imperiosa necesidad del referido impulso, daba pie a ello, al incluir un mandato al Gobierno de la Nación para la elaboración y presentación a las Cortes Generales del proyecto o los proyectos de Ley precisos para regular los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los expresados recursos administrativos (disposición adicional segunda).

Este mandato no aparece limitado al ámbito de la Administración General del Estado, lo cual sí sucede con el previo (disposición adicional primera de la misma Ley general-estatal 4/1999) referido a las modificaciones normativas pertinentes para la simplificación de los procedimientos administrativos. Pero siendo claro que la regulación de «procedimiento común» ya establecida remite genéricamente a «las Leyes» la decisión sobre la sustitución de los recursos administrativos por procedimientos impugnatorios alternativos, incluso si tienen el carácter de mediación, conciliación y arbitraje, no parece que pueda existir duda de la competencia legislativa autonómica (en el caso de la Comunidad de Madrid ex artículo 26.1.3 del Estatuto de Autonomía). Así es desde luego mientras el legislador general-estatal no altere dicho procedimiento administrativo común. Y en el marco de éste, el legislador autonómico puede perfectamente disponer piezas procedimentales (como, por ejemplo, los mecanismos impugnatorios alternativos comentados) de carácter «general», sin perjuicio de las regulaciones u ordenaciones procedimentales específicas en función de las características de los diferentes sectores de la acción de la Administración pública. Tanto más, cuanto que tales piezas deberían poder operar, además, en el seno de los ordenamientos municipales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (al amparo del mismo título competencial, puesto en relación con el de desarrollo del régimen local).

Lo dicho vale desde luego para el juego de la conciliación, la mediación e, incluso, el arbitraje (necesariamente impropio) en la vía administrativa. Cuestión distinta es la de la operatividad de tales técnicas y, en especial, la del arbitraje en sentido estricto como mecanismos de heterocomposición con virtualidad para descargar el de control judicial e, incluso, para excluir siquiera en parte la apelación al mismo. Pues en tal caso aparece afectado tanto el derecho fun-

damental a la tutela judicial, como el estatuto constitucional del poder judicial y de la Administración pública, lo que remite sin duda, en sede de la legislación ordinaria y en el orden competencial, a las materias y los títulos relativos a los procesos judiciales y la administración de la Justicia. Esta limitación de la intervención del legislador autonómico no resta importancia e interés a su incursión en el terreno comentado, dadas las posibilidades evidentes que ofrece la combinación de los mecanismos alternativos de que se viene hablando, en su juego en sede administrativa, con las previsiones que en punto a la autocomposición intraprocésal ha introducido la reciente nueva regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y, en todo caso, siempre podría aquel legislador excitar la actuación del legislador general-estatal (a los efectos de completar su propia obra normativa en materia administrativa con una modificación correlativa de la Ley reguladora de la referida Jurisdicción, en el sentido que más adelante se sugiere) mediante el ejercicio de su facultad de remisión a la Mesa del Congreso de la pertinente proposición de Ley, recogida en el artículo 87.2 de la Constitución [en adelante CE]).

En el ejercicio por el legislador autonómico de su capacidad de configuración, en el marco general-estatal «común», de la actividad administrativa formalizada se pone de relieve la enorme inercia de la lógica y las pautas tradicionales (especialmente en punto al abandono de la unilateralidad) y la consecuente dificultad no ya para su transformación, sino incluso para su complementación al menos en los sectores de la acción administrativa que con mayor urgencia vienen reclamando un cambio de signo renovador en la línea alternativa comentada. Prueba de ello es que esta línea quedó delineada ya en 1992, sin que el transcurso de seis años haya dado lugar a iniciativa alguna significativa y efectiva de implantación de los mecanismos legalmente contemplados.

Es de lamentar esta falta de impulso renovador de la instancia autonómica, pues a la misma debe suponerse —por razones obvias de juventud institucional— mayor apertura a las innovaciones y espíritu emprendedor. Sumándose así a la función experimental que tradicionalmente ha venido cumpliendo el escalón local, el cual, por cierto, ha acreditado su mayor sensibilidad en este terreno, haciendo uso de las más limitadas posibilidades a su alcance (dada su no disposición de la potestad legislativa). El ejemplo del Municipio de Barcelona, al que luego se hará alusión, es buena prueba de ello. El lamento concierne muy concretamente a la Comunidad de Madrid, porque por razones evidentes en ella se hacen presentes con especial intensidad los factores que vienen demandando la introducción de fórmulas alternativas de definición del interés público y de composición de los conflictos a que ésta —y su ejecución— dan lugar, con la finalidad de evitar la sobrecarga que viene ahogando el funcionamiento del control judicial de la Administración pública y que amenaza ya con producir en él efectos de clara deslegitimación social. Tanto más, cuanto que, por ello mismo, es correlativamente alto el riesgo de desbordamiento de los cauces por los que debería discurrir la solución a tal grave problema; desbordamiento, por la vía tan anómala como fácil de tomar: la huida del Derecho administrativo, aquí bajo la forma de la asunción de la posibilidad para la Administración pública de someterse sin más al arbitraje común o de Derecho privado. El peligro no es meramente teórico, como demuestra la experiencia en otra Comunidad Autónoma, la de Cataluña, cuya situación es, en este punto, parangonable a la de Madrid. Algún ejemplo práctico, de características por demás curiosas, hay ya: el arbitraje al que, sobre la base de la posibilidad de la fijación por mutuo acuerdo del justiprecio expropiatorio, se sometió el Consorcio constituido por el Ministerio de Cultura, la Generalitat de Cataluña y el Municipio de Barcelona para la reconstrucción del Gran Teatro del Liceo de Barcelona, para resolver las diferencias en el importe de la indemnización por los espacios ocupados tradicionalmente por el Círculo del Liceo. La Cámara de Comercio e Industria de Madrid ha actualizado en 1996 el estatuto y el reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, con lo que en esta Comunidad se cuenta también con un marco institucional capaz de absorber, en el sentido indebido apuntado, las tensiones que vienen acumulándose, sin salida adecuada, sobre las relaciones jurídico-administrativas.

Es buena ocasión, pues, para reflexionar, con carácter general, sobre las posibilidades y los límites que ofrecen las fórmulas alternativas a las tradicionales incorporadas ya al régimen común de la actividad formalizada de las Administraciones públicas y que aguardan así únicamente a implantación y empleo efectivos. En la confianza de que sirva para que el legislador, el general-estatal desde luego (por estar emplazado ya a ello), pero también el autonómico, que en modo alguno puede permanecer a la expectativa, asuma con decisión la responsabilidad que sin duda le corresponde en la solución de uno de los problemas centrales que el sistema de gestión administrativa del interés general tiene planteado en la actualidad.

II. LA DEMANDA DE FÓRMULAS ALTERNATIVAS AL CONTROL INTERNO Y JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Las causas y las razones de la demanda

Puede decirse sin duda que reina hoy insatisfacción respecto de los mecanismos tradicionales de solución de los contenciosos derivados de las relaciones jurídico-administrativas.

Sobre la confianza en las posibilidades en este orden de la autotutela ejercida en vía impugnatoria, las sucesivas reformas de que han sido objeto los recursos administrativos en el período 1992-1999 lo dicen todo y no es preciso abundar ahora en ello. En todo caso, la pérdida de credibilidad de los recursos administrativos se inscribe en el fenómeno más amplio de la que, con características propias acusadas, ha venido sufriendo la Administración pública y su actividad entre nosotros.

El proceso de deslegitimación experimentado por el mecanismo administrativo aludido, por la continua contraposición al mismo de la tutela judicial y la consecuente exigencia del más expedito y pronto acceso a ella, además de acabar la tarea de su inutilización para cumplir la función de «descarga» de dicha heterotutela de innecesarios conflictos que sistémicamente le debe corresponder, no se ha visto finalmente compensado por una sólida y creciente legitimación del control judicial. Bien pronto el incremento cuantitativo de la apelación al Juez contencioso-administrativo ha determinado una situación de desbordamiento de difícil superación y conducente a una sensible pérdida de la eficacia social de la tutela judicial, que —sobre amenazar gravemente su propia legitimación— viene poniendo crudamente de relieve los límites institucionales de la justicia administrativa en el doble plano temporal y funcional. En el primero, el inmediato traslado de la demanda, ya en sede de control judicial, de rapidez en la prestación de la tutela, sobre la base de la cualificación constitucional de ésta como «efectiva», ha determinado un específico riesgo de desequilibrio e, incluso, de «inversión» de la relación natural entre las tutelas cautelar y definitiva. Y en el segundo, el cuestionamiento de todas las decisiones de la compleja actividad administrativa actual que afortunadamente facilita la plenitud de la tutela judicial imponen al Juez una respuesta para la que, por razones evidentes institucionales, no está en condiciones de proporcionar en todos los casos. De manera más o menos completa, estos límites han acabado por aflorar ya en la regulación postconstitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio; en adelante LJCA): i) el artículo 71.2 LJCA prohíbe al Juez de este orden determinar positivamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición de carácter general en sustitución de los que anulen, así como el contenido discrecional de los actos asimismo anulados; ii) el artículo 105.3 LJCA desautoriza el control sustantivo por el Juez competente para la ejecución de la Sentencia firme de los acuerdos gubernamentales de expropiación de los derechos declarados por ésta basados en la determinación, como causa de utilidad pública o interés social, del temor fundado de guerra o del quebranto de la integridad del territorio nacional; y iii) la disposición

adicional primera también de la LJCA, en su número 2, excluye del ámbito de conocimiento de este orden jurisdiccional las decisiones o resoluciones dictadas, significativamente, por la Comisión *Arbitral* a que se refiere el artículo 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco¹.

Por su propia construcción como control de carácter jurídico, tales límites son inherentes al judicial previsto en el artículo 106.1 CE. Su plena capacidad de respuesta depende, desde el punto de vista de la pretensión del adecuado «arreglo» social de los contenciosos administrativos, de la concurrencia efectiva de la imagen ideal de la «ejecución administrativa» como proceso conducente a actos-resoluciones, obediente exclusivamente a una lógica de subsunción de supuestos concretos en supuestos normativos cumplida de acuerdo con instrumentos objetivos de interpretación y aplicación, en tanto que programado totalmente en la normativa desencadenante justamente de la ejecución. Pues sólo en tal hipótesis se da la exigencia de la reproducción igualmente objetiva del entero proceso ejecutivo, con posibilidad de la comprobación de la regularidad jurídica de la decisión administrativa tomada; comprobación, que es indispensable para el no desbordamiento de la legitimación constitucional del poder judicial, que descansa exclusivamente en el Derecho y está referida, por ello, a una legitimidad no de origen, sino de ejercicio.

Ocurre que el papel del Estado está vinculado hoy, en la sociedad industrial avanzada en que vivimos, en mayor medida además precisamente en el contexto de la globalización, la integración supranacional y la llamada liberalización, a la función de soporte, infraestructura y configuración de la vida económico-social, en una imbricación notable con ella. Ese papel y su constante evolución y adaptación ha inducido y continúa induciendo importantes cambios en la estructura y el funcionamiento estatales, particularmente en su dimensión administrativa. En lo que aquí interesa, estos cambios se han hecho sentir especialmente —aparte en una variación radical de la percepción del «tiempo» propio de la actividad administrativa, generalmente de signo negador de los requerimientos inherentes a la función de ésta— en la programación legal de la Administración, que ha dejado de poder prefigurar completamente la actividad de ejecución y su resultado (no en poca medida por la alta dependencia de la vida económico-social de la ciencia y la técnica, en rápida evolución y productora de nuevos riesgos de difícil control), limitándose en muchos casos a señalar a dicha actividad los fines a perseguir y los objetivos a conseguir, cuando no ha pasado simplemente a habilitar la actuación administrativa desde un marco todo lo más principal, descargando gran parte de la toma de decisiones en el plano que aún seguimos llamando simplemente ejecutivo.

En muchos ámbitos la Administración pública es así en la actualidad, cada vez más, una actividad —dotada de amplios márgenes de maniobra y opción— «situativa» de marcos legales en contextos económico-sociales de tiempo, lugar y características concretos para inducir o crear continuamente determinados presupuestos o condiciones del funcionamiento adecuado de la vida social o, mas ampliamente, de la integración social postulada y presidida por la CE. En este tipo de actividad, que obviamente no hace desaparecer la tradicional, adquiere progresiva importancia, junto a las decisiones en cuanto tales, es decir, los actos, la acción misma y sus resultados y consecuencias en cada momento. Es en ella donde se hace más visible la exigencia constitucional de legitimación también por la eficacia (art. 103.1 CE) y, por ello y en la medida en que la eficacia ha de ser inducida en el seno del propio complejo organizativo encargado constitucionalmente de la ejecución, la diferenciación entre «administración regular» y «buena administración». De ahí la pérdida de homogeneidad y formalismo de la relación jurídico-administrativa y la emergencia del contenido material diverso de las rela-

¹ A los supuestos enumerados en el texto debe sumarse, además, la limitación a los elementos reglados del control judicial de los actos gubernamentales; al menos (interpretativamente) de los que no tengan naturaleza jurídico-administrativa. Véase el artículo 2, a) LJCA.

ciones jurídico-sustantivas efectivamente trabadas por la Administración, con paralela trascendencia de principios jurídicos de nuevo cuño que pretenden incorporar y gobernar ese otro plano sustantivo. El ejemplo paradigmático lo ofrece el principio de la confianza legítima, positivizado ya en el artículo 3.1, párr. 2.º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en la versión resultante de la modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) [en adelante LRJAPyPAC], que se ha abierto paso a pesar de la previa existencia del de buena fe.

Es claro que esto último guarda estrecha relación con la irrupción, tras la CE en 1978, del ciudadano, que —desde la posición fundamental que le otorga el valor superior de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en cuanto fundamento del orden político y la paz social— proyecta el entero *status* que tal posición le proporciona —en particular los derechos fundamentales y las libertades públicas— en todas y cada una de las relaciones que establece con la Administración, sumándolo así al conjunto de derechos derivados de la legislación administrativa. Ante la Administración deja de comparecer, pues, el simple administrado, para hacerlo siempre el ciudadano-administrado, que es una condición específica, distinta a la de nacional². Y lo hace desde luego como titular del derecho fundamental, reconocido en el artículo 23 CE, a participar en los asuntos públicos a través de representantes, pero también directamente. Se explica así la expansión progresiva de las relaciones jurídico-administrativas de «coordinación», en detrimento de las de supremacía y subordinación tradicionales, desde luego en todos los sectores de la acción pública en los que el éxito de ésta depende de la cooperación activa o cuando menos de la aceptación de los destinatarios, los afectados o los interesados. Y no es de extrañar, consecuentemente, la introducción en la legislación reguladora de la actividad administrativa formalizada de los actos consensuales, sobre la base de la permisividad de la preparación de la resolución o la resolución misma de los procedimientos administrativos mediante pactos, acuerdos o convenios (art. 88 LRJAPyPAC), así como de la autorización para la sustitución incluso del recurso administrativo principal —el de alzada— por otros procedimientos de impugnación, conciliación, mediación o arbitraje.

Las tensiones a que está sometido el Derecho Administrativo como resultado de la confluencia de los factores expuestos y, en particular, de la insuficiencia e inadecuación de las soluciones normativas generales y abstractas para anticipar todas las decisiones y acciones precisas en sede ejecutiva y la creciente necesidad de legitimación social de la «administración» por la eficacia en cada concreta circunstancia y en el contexto de relaciones de sustancial coordinación con y participación de los ciudadanos-administrados, se vienen saldando no tanto en términos de adaptación del estatuto jurídico-público de la Administración y de su control (en el que se hacen presentes grandes inercias y apreciables resistencias al cambio en nombre de la integridad de las garantías), cuanto, precisamente por ello, en una simple «huida del Derecho Administrativo» por el simple procedimiento de la organización jurídico-privada de los distintos servicios, para la actuación expedita de las entidades correspondientes conforme al Derecho común de los sujetos ordinarios del Derecho (salvo, todo lo más, un último y escaso reducto de control público, apoyado en su «pertenencia» a la Administración, es decir, al campo impreciso del «sector público»). Resulta sorprendente la menor reticencia y desde luego la menor resistencia que encuentra este último fenómeno, a pesar de que socava los fundamentos mismos del edificio constitucional de la «ejecución administrativa» y, por tanto, de la Administración pública. Cuesta aceptar las peculiaridades y los límites del control de la discrecionalidad administrativa, pero

² Véase L. Parejo Alfonso, «El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento», en la obra colectiva *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Ed. INAP, Madrid, 1998, págs. 539 y ss.

se acepta la esencial libertad del sujeto sometido al estatuto jurídico público determinante de las garantías y del control aludido para, a través del simple ejercicio de la potestad organizativa (admitida como discrecional), disponer nada menos que de tal sometimiento y habilitarse para actuar, al menos en lo sustancial, con la libertad-autonomía propia de un sujeto ordinario del Derecho, es decir, para transformarse completamente (como sujeto y actividad).

En la situación expuesta se hacen oír voces cada vez más fuertes y extendidas en favor del establecimiento de fórmulas y mecanismos nuevos de arreglo de los contenciosos administrativos, en términos de revitalización de las vías impugnatorias administrativas o de auto o heterocomposición. Los objetivos a cubrir son, en efecto, primero y ante todo evitar el nacimiento de conflictos, en segundo término buscar soluciones alternativas a las judiciales y finalmente poner fin a los litigios ya entablados o, cuando menos, evitar su excesiva o innecesaria prolongación.

2. Las fórmulas alternativas, no arbitrales, planteadas y sus finalidades; el estado de su recepción por el Derecho positivo

Siguiendo la sistemática empleada por J. Rosa Moreno³, las técnicas a las que cabe recurrir para conseguir tales objetivos son las siguientes:

- | | | | | |
|--------------------------------|---|---|---|---|
| 1. Mecanismos de filtro: | { | 1.1. Revitalización autotutela en vía impugnatoria (recursos y otros procedimientos).

1.2. Procedimientos de autocomposición | { | – Conciliación.
– Mediación.
– Revitalización.
– Procedimiento administrativo. |
| 2. Mecanismos complementarios: | | resolución no judicial del contencioso [arbitraje] (no excluyente necesariamente de la tutela judicial plena). | | |

La actualización y mejora de los mecanismos de impugnación en vía administrativa tiene potencialidades –algunas de ellas se aproximan a la fórmula de arbitraje⁴– en muy buena medi-

³ J. Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, Ed. McGraw Hill/Universidad de Alicante, Madrid, 1998, pág.

⁴ En esta línea se situaba la propuesta, en el proyecto de Ley de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias (aprobado por el Parlamento, en sesión de los días 14, 15 y 16 de abril de 1999, y publicado ya como Ley en el Boletín Oficial de dicha Comunidad del día de 13 de mayo de 1999), de creación de una Comisión de Reclamaciones para la materia de ordenación territorial y urbanística en todo el territorio autonómico, que habría funcionado en Secciones integradas, de cada vez, por un miembro de la propia Comisión (en calidad de Presidente) y sendos Vocales en representación, respectivamente, del reclamante-recuriente y de la Administración reclamada o recurrida. La propuesta no pasó, sin embargo, de serlo, pues la regulación correspondiente no llegó a ser incorporada al texto final objeto de aprobación parlamentaria.

La vía así ensayada respondía a un planteamiento bien definido de la doctrina científica: M. Sánchez Morón, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España, Espasa Calpe, Madrid, 1991, pag. 148; y J. Tornos Más, *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos*, *RAP* núm. 136, pág. 136, y, también, «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», *RAP* núm. 122, pág. 128.

da inexploradas, no digamos ya ensayadas entre nosotros, aunque aplicadas desde luego en el panorama comparado, especialmente las que apelan a la composición, autonomía funcional y especialización de los órganos correspondientes: los *administrative tribunals* británicos (salvadas las distancias) y los órganos resolutorios de los recursos llamados en Italia improprios o atípicos. Algún ejemplo cabe reseñar en nuestro sistema: aparte el tradicional del Jurado Provincial de Expropiación⁵, cabe citar el Comité Español de Disciplina Deportiva a que se refiere el artículo 84 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, y que tiene homólogos en la instancia autonómica⁶, y, por supuesto y en la instancia local, el Consell Tributari del Municipio de Barcelona⁷. Y el artículo 107.2 LRJAPyPAC apunta a la generalización de fórmulas de este tipo (aunque con una regulación técnicamente no rigurosa) al autorizar la sustitución del recurso de alzada (hoy también el potestativo de reposición) por procedimientos de reclamación ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas.

El empleo de mecanismos más específicos aún en la función ya de estricto «filtro» de la apelación a la tutela judicial ha pasado a ser, sin embargo, más o menos usual. Piénsese, en Francia, en la figura del «mediateur»⁸ y, en España, la virtualidad práctica y las potencialidades en este sentido de la figura del Defensor del Pueblo (gracias a la ampliación de su tarea típica al control de la Administración⁹) y las equivalentes autonómicas y el papel desempeñado en materia laboral por las Inspecciones de Trabajo, así como, desde luego, el recurso a la figura de uno o varios mediadores (nombrados de mutuo acuerdo por la Administración pública y los Sindicatos) que habilita el artículo 38 de la Ley 9/1987, de 12 de mayo, para el supuesto en que no resulte posible alcanzar un acuerdo en el curso de las negociaciones de las condiciones de trabajo o surjan conflictos en el cumplimiento de los acuerdos o pactos ya suscritos.

Por lo que hace a la conciliación, aunque el artículo 107.2 LRJAPyPAC abre con carácter general la posibilidad de su instauración en la vía administrativa (con sustitución de los recursos administrativos), sintonizando así con experiencias de Derecho comparado no excesivamente exitosas (así, sobre todo, en Derecho francés: los *Commités de Règlement Amiable* del Decreto 81-272 de 18 de marzo de 1981), está aún prácticamente inédito y el Título VII del propio texto legal (arts. 120 y ss.) sigue requiriendo la reclamación previa en vía administrativa como requisito inexcusable para el ejercicio de acciones fundadas en Derecho privado o laboral, lo que supone la exclusión de la conciliación en este orden de cuestiones conforme a las previsiones de los artículos 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 64 de la Ley de Procedimiento Laboral. Aunque no debe excluirse que tanto la más amplia y flexible regulación del desestimiento y el allanamiento procesales en los artículos 74 y 75 LJCA, como la posibilidad del acuerdo intraprocesal poniendo fin al litigio prevista por el artículo 77 LJCA y cuya actualización es factible a iniciativa tanto de las partes como del Juez mismo, operen en favor del desarrollo efectivo del mecanismo de conciliación extraprocesal en vía administrativa.

⁵ En este sentido R. Martín Mateo, *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Ed. INAP, Madrid, 1989, pág. 119.

⁶ Véase J. Bermejo Vera, «El conflicto deportivo y la jurisdicción», DA núm. 220.

⁷ Véase J. Tornos Más, «El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona», DA, núm. 220.

⁸ En Francia, el balance del funcionamiento de esta figura es globalmente positivo, dentro obviamente de las limitaciones que impone su configuración institucional. Véase el informe elaborado por el Consejo de Estado francés en 1993, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation Française, Paris 1993.

⁹ Véase L. Parejo Alfonso, «El Defensor del Pueblo como institución de control de la Administración pública (contenido y alcance de su función, procedimiento de actuación y tipos, efectos y publicidad de sus resoluciones)», en la obra colectiva *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, resultado de las Jornadas celebradas los días 14 y 15 de enero de 1992 organizadas por la Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de Estudios del Defensor del Pueblo, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992.

En resumen, el régimen jurídico actual de las Administraciones públicas, la regulación legal común de las instituciones procedimentales a utilizar por las mismas en su actividad formalizada o procedimentalizada y la de su control judicial, ponen hoy a disposición un conjunto de técnicas (acto-resolución consensual, procedimientos de impugnación o reclamación específicos, incluso de mediación y conciliación; y terminación acordada de los litigos ya formalizados en sede judicial) que, adecuadamente combinadas entre sí, ofrecen amplias posibilidades tanto de actualización y revitalización de la vía administrativa previa en el sentido de su funcionalización al servicio de la autocomposición de los conflictos que puedan surgir en el seno de las relaciones jurídico-administrativas, como de evitación de la prolongación innecesaria de conflictos judicializados. Estas posibilidades distan todavía mucho de estar exploradas y, menos aún, explotadas y puestas en práctica. A pesar de ello y como reflejo del facilismo propio del recurso general a la opción por la huida al Derecho privado, los esfuerzos que se vienen desplegando en la práctica desde luego, pero también en la doctrina científica, se sitúan más en el terreno de la aplicación pura y simple de técnicas de composición propias del Derecho privado. Con lo que se llega, en definitiva, al arbitraje¹⁰, que es ya una técnica cualitativamente distinta en tanto que sumatoria de las notas de: carácter convencional (acuerdo entre las partes como soporte de la actuación arbitral), heterocomposición (intervención de tercero: árbitro), ejercicio de poder cuasijurisdiccional, si no verdadera jurisdicción, por el tercero y complementariedad y cuasialternatividad respecto de la tutela judicial.

III. EL ARBITRAJE

1. La dificultad de su introducción en Derecho Administrativo, a pesar de su juego en él

Siguiendo a A. Patrikios¹¹ de «arbitrabilidad» (perdónese el barbarismo¹²) puede hablarse para designar tanto la cualidad de una materia, una cuestión o un contencioso para ser sometido al poder jurisdiccional de uno o varios árbitros (sentido objetivo del término), como la capacidad de una persona o sujeto para recurrir, a fin de solucionar una cuestión o un contencioso, al arbitraje (sentido subjetivo del término). Desde ambos puntos de vista resulta más que problemática en Derecho administrativo, pues —como señala M. Cambournac¹³— las nociones de arbitraje y Derecho administrativo se repelen entre sí, como lo hacen el agua y el fuego. La expresión es quizás exagerada, pero expresiva e indicativa, en todo caso, de las dificultades que encuentra el arbitraje en el campo del Derecho administrativo (terreno no precisamente abonado para ella), anunciando, así, su juego en todo caso con carácter necesariamente limitado y restringido.

Porque, de hecho, un simple repaso al panorama del Derecho comparado muestra, de un lado, una generalización de fuertes reticencias doctrinales y jurisprudenciales a la figura en

¹⁰ Véase J. M. Trayter, «El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en la obra colectiva *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. IVAP, Oñati 1995. También, con una posición más matizada, J. Rosa Moreno, *op. cit.* en nota núm. 3. Véanse asimismo las aportaciones y las intervenciones en el seminario celebrado en la Universidad de Sevilla los días 10 y 11 de febrero de 1995, publicadas en A. Pérez Moreno (coordinador), *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

¹¹ A. Patrikios, *L'Arbitrage en matière administrative*, Ed. L.G.D.J., Paris 1997, pág. 23.

¹² De «arbitrabilité» habla P. Level, «L'arbitrabilité», *Revue de l'arbitrage* 1992, pág. 213.

¹³ M. Cambournac, discurso de bienvenida pronunciado en el coloquio organizado por la Asociación Francesa de Arbitraje el 17 de Septiembre de 1990 y citado por A. Patrikios, *op. cit.* en nota núm. 10..

Derecho administrativo (hasta su radical exclusión del mismo en el caso de Bélgica), pero, de otro lado, la existencia asimismo generalizada de concretas disposiciones administrativas que contemplan mecanismos análogos, si no propiamente de arbitraje.

Conviene, pues, interrogarse, antes que nada, sobre la razón de ser de la diferencia de planteamiento, en punto al arbitraje, en el Derecho privado y en el público, que se deduce ya de lo dicho: en el primero la regla general es sin duda la de su admisión; en el segundo, por contra, la excepción.

2. La razón de ser del distinto tratamiento en Derecho común o privado y en Derecho administrativo

La razón de la plena y general admisibilidad del arbitraje en el Derecho común o privado descansa en la libertad de acción dentro de los límites del ordenamiento jurídico de que gozan, por definición, los sujetos ordinarios del Derecho (las personas físicas y, por extensión, las jurídicas por ellos creadas), es decir, en la autonomía de la voluntad. Desde el punto de vista constitucional: en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, base por entero —en tanto que fórmula definitoria de la «libertad»— del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) y, por ello, de los concretos derechos y libertades públicas constitucionalmente reconocidos, que es justamente el fundamento de la expresada autonomía de la voluntad en el plano de las relaciones intersubjetivas. Pues estos sujetos construyen y desarrollan su vida, en el contexto social, desde la definición, a partir de sus propios fines (no dados desde fuera, positiva e imperativamente, por el Derecho), de los fines de sus actos con relevancia jurídica. De ahí que su capacidad jurídica pueda ser «universal» o referida sin más a cuantos actos no sean ilícitos conforme al ordenamiento jurídico. Teniendo el poder (cuasi) jurisdiccional arbitral un fundamento convencional, el acuerdo de los sujetos interesados de sumisión voluntaria al mismo le facilita cobertura suficiente, tanto más cuanto dichos sujetos tienen la plena disposición sobre las relaciones que les unan. La mayor dificultad se sitúa, pues, en otro lado y, concretamente, en el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la atribución, en exclusiva, a los Jueces y Magistrados del ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y ejecutando lo juzgado (art. 117.3 CE). No es de este momento el análisis de las cuestiones que tal dificultad plantea, bastando con apuntar que no es en modo alguno insuperable: i) la exclusividad que se predica constitucionalmente en favor de Jueces y Magistrados no aparece referida a la totalidad del poder jurisdiccional y sí sólo al que deba ser ejercido precisamente en procesos para la prestación de la específica tutela judicial; ii) no obsta, pues, a la previsión legal ordinaria del ejercicio de poder (cuasi) jurisdiccional, o mejor «equivalente»¹⁴ al jurisdiccional, por árbitros designados por las partes y sobre la base de un acuerdo de éstas, tanto más cuanto que la CE no sólo no es contraria, sino que postula el derecho de los ciudadanos a intervenir —además de a través de representantes— directamente en los asuntos públicos, incluso ejerciendo poder público constituido (como en el contexto de la institución del Jurado, por cierto actuando en el seno de procesos judiciales penales; pero también de Tribunales consuetudinarios y tradicionales; art. 125 CE); y iii) de esta suerte, el recurso a la técnica del arbitraje no es interpretable sin más como renuncia al derecho a la tutela judicial, sobre todo si la resolución arbitral no excluye el control final judicial, aunque éste sea limitado.

En el Derecho público rige, por contra y para la Administración pública, una construcción diversa de la personalidad jurídica, que para aquélla es, en mayor medida que para ningún otro sujeto, simple artificio jurídico posibilitador de la identificación de un centro de imputación de

¹⁴ En terminología del Tribunal Constitucional: SsTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; y 174/1995, de 23 de noviembre.

relaciones y, por tanto, de consecuencias jurídicas¹⁵. Aquí la personalidad no responde a sustrato real alguno del que sean predicables los valores constitucionales antes referidos y desde luego de ninguna manera la libertad. Antes al contrario presenta por entero la nota de la instrumentalidad que deriva de la de servicialidad al interés general con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que sienta el artículo 103.1 CE. No hay pues en la Administración pública tanto verdadera autonomía de la voluntad, cuanto más bien heteronomía. 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. Y ello, porque los fines de esa actuación le vienen dados siempre y en cualquier caso desde «fuera» de sí misma, debiendo justificarse necesariamente en ellos. Por ello, la capacidad jurídica de la Administración es necesariamente y para todo «especial» (nunca universal), en el sentido de precisar todo acto de una habilitación, un apoderamiento específico. Dicha capacidad es, pues, la suma de las potestades que el ordenamiento en cada momento le atribuya efectivamente, como bien determina hoy el artículo 2.4 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

3. Las posiciones y soluciones tradicionales y su reciente evolución

Se explica, así, la regla clásica en el Derecho administrativo germánico (que ha influenciado el Derecho italiano y también el español), procedente de O. Mayer: por su misma naturaleza el poder público y, concretamente, las potestades administrativas no son susceptibles de transacción (lo que excluye de suyo la apelación al arbitraje).

En Derecho francés (cuya influencia en la Europa latina ha sido decisiva), la doctrina jurisprudencial tradicional (con inicio en la primera mitad del siglo XIX) y la científica clásica (Laferrière) han sentado también criterio opuesto a la transacción y el arbitraje sobre la acción administrativa. Reflejando esa vieja tradición, así lo dejó señalado J. M. Auby¹⁶ en 1955: una vieja jurisprudencia, nunca abandonada, prohíbe a las personas administrativas el recurso al arbitraje para el arreglo de sus litigios. El fundamento de esta doctrina, calificable de verdadero principio general del Derecho administrativo francés (excepcional, sin embargo, por determinación expresa de la Ley), radica en la afirmación de la inderogabilidad por la Administración pública de la jurisdicción especial establecida para su control y, por tanto, en i) la regla esencial de la separación de la Administración y del Juez; ii) el orden público: en el caso del poder público administrativo, su servicialidad del interés general, lo compromete siempre y necesariamente, con la consecuencia de la sustracción de los sujetos públicos del Derecho común o general del arbitraje; y iii) de modo que en dichos sujetos públicos concurre una *incapacidad* para someterse al arbitraje (es éste uno de los casos en que el Derecho exorbitante, que contiene facultades en más, determina igualmente facultades en menos: la Administración es considerada a estos efectos como un menor).

No obstante, en los últimos años es observable en Francia una cierta revisión del principio comentado:

- a) En la doctrina científica se vienen produciendo tomas de posición favorables a un limitado juego de arbitraje. Así M. Gaudemet¹⁷, sobre la base de su admisión en el plano internacional, en el que el arbitraje no es ni de Derecho privado, ni de Derecho público, y para postular su introducción en Derecho administrativo interno; y P. Devolvé¹⁸,

¹⁵ Sobre este extremo, véase L. Parejo Alfonso, «Organización y actividad en la Administración pública», en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, INAP-BOE, 1995, págs. 56 y ss.

¹⁶ J. M. Auby, *L'arbitrage en matière administrative*, A.J.D.A., 1955, I, pág. 82.

¹⁷ «L'arbitrage: aspects de droit public, état de la question», *Revue de l'arbitrage*, 1992, pág. 255.

¹⁸ P. Devolvé, comunicación presentada al coloquio organizado por la Asociación Francesa del Arbitraje el 17 de septiembre de 1990, citado por A. Patrikios, *op. cit.* en nota núm. 10, pág. 55.

que postula su admisibilidad en las cuestiones relativas a los contratos privados de la Administración, pero en ningún caso en el contencioso de la legalidad.

- b) El propio legislador ha previsto ya desde 1906 el arbitraje para las obras y los suministros del Estado y las colectividades locales y sus establecimientos públicos; previsión, que fue ampliada en 1975 a los establecimientos públicos de carácter comercial e industrial del Estado. En Leyes posteriores de 1982 y 1990 se ha autorizado también a concretas empresas públicas estatales el recurso a esta técnica¹⁹.
- c) El Consejo Constitucional, en su decisión de 23 de enero de 1987, en la que dejó sentado que la jurisdicción administrativa tiene un estatuto constitucional que la hace indisponible para el legislador ordinario, abre la puerta a la previsión por este último del arbitraje en el contencioso de contratos.
- d) El Consejo de Estado, en su famoso informe de 1993, se muestra igualmente abierto al matizado y limitado recurso a la técnica del arbitraje²⁰.

Parecida evolución es constatable en el resto de Europa, sea en los sistemas de influencia alemana, sea en los de influencia francesa:

- En Italia, donde está bastante extendido el arbitraje en materia de obras públicas, el Tribunal Constitucional —en su decisión 127 del día 14 de julio de 1977— solo declaró inconstitucional el arbitraje obligatorio y sin alternativa.
- En Grecia, tras un pronunciamiento del Consejo de Estado (decisión número 1792/1991) más restrictivo aún que la decisión del Consejo Constitucional francés (al afirmar la garantía constitucional de la competencia del Juez administrativo para cualquier contencioso relacionado con la Administración pública, condenando así desde el punto de vista constitucional el recurso al arbitraje que venía siendo común en la práctica administrativa) y de una resolución posterior de la Corte de Casación contradictoria con él, la Corte Suprema Especial (encargada de dirimir las cuestiones de jurisdicción entre los dos Tribunales supremos en su orden anteriores) ha dejado establecida (decisión 24/1993) la conformidad con la Constitución de la apelación al arbitraje en materia administrativa (incluso de carácter fiscal).

En nuestro país subsisten las dudas y las reticencias al arbitraje (incluso para el ámbito jurídico-privado)²¹ y hasta se ha producido algún pronunciamiento del Tribunal Supremo en sentido claramente negativo a su operatividad en Derecho Administrativo²², pero no se ha planteado, al menos frontalmente, la cuestión en términos de constitucionalidad²³ y en el ordenamiento jurídico ordinario no existe prohibición alguna, ni siquiera tradición parecida a

¹⁹ Sobre la situación en el Derecho francés véanse J. Rosa Moreno, *op. cit.* en nota núm. 3, págs. 86 y ss.; y A. Patrikios, *op. cit.* en nota núm. 10.

²⁰ El contenido esencial de la posición del Consejo de Estado citado (referenciado en nota núm. 7) puede verse en J. Rosa Moreno, *op. cit.* en nota núm. 3, pág. 86.

²¹ En materia jurídico-administrativa se ha mostrado especialmente contundente, en el sentido de la inadmisibilidad —incluso por razón constitucional— del arbitraje A. Gil Robles y Gil Delgado, «Unidad jurisdiccional y atribución de facultades arbitrales a órganos de la Administración», *El Poder Judicial*, Vol. II, 1983, págs. 1389 y ss.

²² Así la STS de 15 de enero de 1992, que sostiene que el Estado no puede transigir sus derechos, ni someter a arbitraje sus diferencias con particulares, así como tampoco siquiera allanarse a las demandas de éstos.

²³ El Tribunal Constitucional parece admitir la constitucionalidad del arbitraje en las SsTC 43/1988, de 16 de marzo; 15/1989, de 26 de enero, y 62/1991, de 22 de marzo. Y ello, incluso en materia administrativa, aunque en este caso bajo la fórmula de sometimiento, en su caso, forzoso, a la decisión arbitral de un órgano administrativo: STC 11/1981, de 8 de abril (dada la constitucionalidad de la actividad arbitral de la Administración, reconocida más tarde específicamente en materia laboral: SsTC 217/1991, y 201/1992).

la francesa²⁴; antes al contrario los pocos preceptos legales que se refieren específicamente al empleo de la técnica arbitral en Derecho administrativo admiten expresamente la figura, si bien sometiendo su juego a determinados requisitos y garantías. Los dos ejemplos principales son: i) el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, se limita a reservar la decisión en punto a la transacción judicial y extrajudicial y el sometimiento a arbitraje de contiendas sobre derechos de la Hacienda pública al Gobierno, es decir, al Consejo de Ministros (mediante Decreto adoptado previo dictamen del Consejo de Estado en pleno)²⁵; y ii) el artículo 40 de la Ley del Patrimonio del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, que sienta regla paralela: no se puede hacer transacciones sobre los bienes y derechos de la Administración sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda, con audiencia del Consejo de Estado en pleno. Y ya nos consta que, más recientemente:

- a) Los artículos 88 y 107.2 LRJAPyPAC admiten con carácter general tanto la terminación convencional (por pacto, acuerdo o convenio) en principio de cualquier procedimiento administrativo (a reserva de lo que disponga la legislación aplicable por razón de la materia), como la sustitución del recurso administrativo por procedimientos de arbitraje ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas (si bien la sustitución ha de ser dispuesta por Ley formal).
- b) El artículo 77 LJCA contempla la posibilidad de un acuerdo entre las partes del proceso que ponga fin y, por tanto, haga desaparecer la controversia, disponiendo para tal supuesto que el Juez o Tribunal debe dictar Auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera *manifiestamente* contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

Esta previsión de carácter general, inmediatamente aplicable con entera independencia de la materia sobre la que verse el proceso y, por tanto, de la potestad ejercitada por la Administración pública parte en el mismo, no puede dejar de repercutir, con toda evidencia, en los términos de la interpretación y aplicación de los artículos 88 y 107.2 LRJAPyPAC antes citados.

El clima legislativo favorable así a los acuerdos o convenios ciudadano-Administración y, por tanto, también a los procedimientos de transacción y arbitraje, se ha plasmado —con motivo de la modificación legislativa de la LRJAPyPAC operada en 1999— en el mandato al Gobierno contenido en la disposición adicional segunda de la Ley 4/1999, de 13 de enero, para la remisión a las Cortes Generales del proyecto o los proyectos de Ley que resulten necesarios para regular *los procedimientos de* impugnación, reclamación, conciliación, mediación y *arbitraje* sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición en vía administrativa.

Resumiendo, puede decirse —teniendo por sentada la admisibilidad del arbitraje en materia administrativa en los EEUU (donde desde 1990 existen sendas Leyes para la resolución y el arreglo negociado de conflictos)²⁶— que en los sistemas continental-europeos sólo Bélgica excluye totalmente el arbitraje en el Derecho administrativo, siendo observable en todos los

²⁴ En el inicio mismo del constitucionalismo español el artículo 280 de la Constitución gaditana de 1812 prohibió privar a los españoles de su derecho a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

²⁵ En el ámbito local, la competencia para adoptar la decisión a que se refiere el precepto legal aludido en el texto está reservada al órgano de gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma (artículo 180.2 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril).

²⁶ Véase a este respecto J. Rosa Moreno, *op. cit.* en nota núm. 3, págs. 89 *in fine* y ss.

demás un proceso de penetración de la técnica siquiera para la actividad administrativa desarrollada en régimen de Derecho privado y la de índole contractual, así como la responsabilidad extracontractual.

4. La viabilidad del arbitraje en el Derecho administrativo

La 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.

A) El ámbito de la técnica arbitral en este campo y su consecuente especificidad; su distinción de la prevista en el art. 107.2 LRJAPyPAC y las posibilidades de ésta

Queda implícitamente acotado, así, el ámbito mismo de la cuestión, que no es otro que el del Derecho administrativo en sentido estricto, es decir, del Derecho regulador de la Administración pública y de su actividad como tal. Teniendo en cuenta el estatuto constitucional de la iniciativa pública en la economía y, por tanto, de la organización de las actividades derivadas del ejercicio de éste (arts. 128.2 en relación con el art. 38, ambos CE) —estatuto, plenamente conforme con el Derecho comunitario europeo—, es claro que queda fuera del mismo el llamado sector público, cuando con esta denominación se alude a las empresas que, creadas o participadas por la Administración pública o en mano de ésta, deben sujetar por completo su actividad al Derecho común por encontrarse insertas en el mercado regido por el principio de libre competencia²⁷. Y ello, con independencia de que, por su conexión con la Administración pública, se les impongan excepcionalmente (como, por ejemplo, en materia de contratación) reglas exorbitantes, pues tal imposición obedece a razones que no enervan el principio de su colocación en el mundo del Derecho en posición equivalente a la del sujeto ordinario. Este principio permite afirmar, en efecto, la aplicabilidad a las mismas, sin más, de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Desde este punto de vista, el arbitraje de que se trata no es, en principio, el contemplado bajo este nombre en el artículo 107.2 LRJAPyPAC, como muy bien ha señalado J. Rosa Moreno²⁸. Este precepto contempla, en efecto, un específico procedimiento de impugnación en vía administrativa sustitutivo del recurso administrativo ordinario, a resolver por un órgano administrativo de composición y características asimismo específicas. Quiere decirse, pues, que se refiere necesariamente a una técnica que implica el ejercicio de potestad exclusivamente administrativa de reconsideración de actos previos sobre la base de la actuación por el o los interesado afectados de la pertinente acción impugnatoria. En consecuencia, por definición, la resolución del «arbitraje» así configurado no puede producir los efectos de la típica arbitral, ni, por tanto, erigirse en verdadera alternativa al control judicial ordinario.

De todas formas, desde un punto de vista práctico y cara al cumplimiento del mandato de desarrollo legal de la misma contenido en la disposición adicional segunda de la Ley 4/1999, de 13 de enero, así como de eventuales y deseables desarrollos normativos autonómicos, las posibilidades que ofrece la fórmula del artículo 107.2 LRJAPyPAC no deben minusvalorarse, pues admite desde luego una concreción en términos que podrían tener una gran utilidad

²⁷ Sobre este extremo, véase L. Parejo Alfonso, «Organización y actividad en la Administración pública», en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, INAP-BOE, 1995, pág. 30 y ss. También M.^º Nieves de la Serna Bilbao, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Pamplona, Aranzadi, 1995, págs. 95 y ss.

²⁸ J. Rosa Moreno, *op. cit.* en nota núm. 3, pág. 99.

desde la finalidad que se busca justamente con la introducción del mecanismo arbitral en sentido estricto y que obviaría prácticamente los problemas de porte constitucional que suscita este último; términos, que podrían ser, concretamente, los siguientes:

- a) Entrega de los correspondientes procedimientos a organización u organizaciones administrativas «separadas» y «arbitrales», es decir, configuradas como organizaciones «independientes», de composición específica y especializada (incluso previendo la inserción de personas designadas por los ciudadanos interesados), para garantizar su actuación como verdaderos terceros dotados de plena neutralidad. La actuación de estas organizaciones requeriría como es lógico la pertinente habilitación y quedaría referida naturalmente a las materias idóneas para ello, que podrían ser desde luego todas las que luego se concretarán como accesibles a la técnica del arbitraje propiamente dicho, por lo que ahora baste con remitir a lo que allí se diga.
- b) Modulación en la LJCA (lo que requeriría obviamente su modificación) del control judicial en sede contencioso-administrativa (reducido a una única instancia) de las decisiones emanadas de estas organizaciones administrativas «arbitrales», para su limitación —en un proceso incidental rápido— en términos análogos al ya establecido para el referido al acuerdo intraprocesal entre las partes en el artículo 77 LJCA. La ejecución correspondería ya al orden contencioso-administrativo. El fundamento de esta modulación sería aquí materialmente idéntico al del arbitraje propiamente dicho, del que inmediatamente se tratará, pues el poder ejercido por las organizaciones propuestas sólo formalmente tendría naturaleza administrativa, en realidad se estaría ante un poder sustantivamente cuasijurisdiccional (como para las Agencias se considera en Derecho estadounidense). En todo caso, operaría la «deferencia» que por parte del Juez merecerían, por sus características, las organizaciones aludidas y, por tanto, sus decisiones.

B) Las cuestiones de orden constitucional que suscita la técnica y su resolución; los términos del arbitraje posible

El problema constitucional básico que suscita la admisión del estricto arbitraje en Derecho administrativo deriva del sometimiento de la actuación de la Administración al control de los Tribunales en el artículo 106.1 CE, sometimiento que, desde la perspectiva del ciudadano-administrado, significa la satisfacción de su derecho a la tutela judicial efectiva en este campo precisamente en términos de tal control (art. 24.1 CE). Desde este último punto de vista y como ya se ha argumentado más arriba, el sometimiento a arbitraje no puede interpretarse como renuncia indebida, ni como lesión al derecho fundamental a la tutela judicial. Pues la CE: i) sólo reserva en exclusiva la función de juzgar y ejecutar lo juzgado a los Jueces y Tribunales cuando el poder jurisdiccional se deba ejercer en procesos ordinarios (art. 117.3 CE); ii) no se opone a la intervención de los ciudadanos (sujetos ordinarios) directamente en los asuntos públicos y, por tanto, en el ejercicio de poder público constituido (art. 23 CE); y iii) el arbitraje supone el ejercicio de poder (cuasi) jurisdiccional por quienes no son Jueces o Magistrados en sentido constitucional a través de procedimientos no calificables de procesos ordinarios, justamente como alternativa a éstos (que no impide una tutela judicial final, aunque ésta sea limitada).

La dificultad principal radica, pues, en el carácter de control que la tutela judicial presenta en el caso de la actuación de la Administración, como certeramente ha constatado —si bien con referencia al «arbitraje» previsto en el artículo 107.2 LRJAPyPAC— M. Sánchez Morón²⁹.

²⁹ M. Sánchez Morón, «Los recursos administrativos», en la obra colectiva J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón, (dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 346.

El poder público administrativo, constituido por la CE y sujeto a ella (art. 9.1 CE), no parece poder quedar exceptuado, vía arbitraje, del control jurídico externo precisamente de carácter judicial, es decir, cumplido en ejercicio del poder jurisdiccional definido por el artículo 117 CE, que prescribe sin matización alguna la propia norma fundamental. Pero es claro que esta dificultad es específica y distinta de la que suscita el artículo 24.1 CE (en relación con el ciudadano) precisamente por la condición de poder público de la Administración y la consecuente singularidad de su actividad. En consecuencia la posibilidad o no de su superación depende de las cuestiones relativas a la «capacidad» de aquélla para someterse a arbitraje y de la idoneidad objetiva de su actividad para ser objeto de esta técnica. Pues supuesta una respuesta positiva a ambas, nada se opondría aquí también a la sustitución del control jurisdiccional judicial por un «equivalente», concretamente jurisdiccional arbitral, en tanto que admisible constitucionalmente éste en cuanto tal³⁰. Siempre aquí, con mucha mayor exigencia que en el arbitraje de Derecho común o privado (por razón del artículo 103.1 CE), que tal alternativa no signifique exclusión total de un control judicial último. La prueba la facilita hoy el artículo 77 LJCA, en la medida en que permite la autocomposición de los conflictos ya judicializados mediante acuerdo de las partes sujeto sólo a un control limitado por el Juez (que únicamente puede rechazar el acuerdo si infringe *manifiestamente* el ordenamiento jurídico). Pues si cabe la autocomposición debe ser posible también la heterocomposición mediante arbitraje, incluso antes de la judicialización del conflicto, frente a la que quepa un cierto control judicial final. Tal heterocomposición descansaría también, en efecto, en un previo acuerdo de las partes, que entregarían los términos de la composición a uno o varios terceros.

Nada hay en la CE, por lo expuesto, que impida al legislador ordinario atribuir a la Administración pública potestad para someter los contenciosos que suscite su actividad a arbitraje. La capacidad de aquélla, que siempre es de Derecho público, puede integrar, en virtud de expresa habilitación, perfectamente la facultad en tal sentido. Por naturaleza y en abstracto, las potestades administrativas sustantivas no son refractarias a la transacción, como demuestra hoy, desde el Derecho positivo, la previsión general tanto de la terminación convencional de los procedimientos administrativos, como de procedimientos impugnatorios alternativos de conciliación, mediación y arbitraje (arts. 88 y 107.2 LRJAPyPAC)³¹. Desde esta perspectiva, pues, la única cuestión radica en los términos de la habilitación necesaria. Desde luego son admisibles las habilitaciones específicas por materias. No así, dada la índole de la técnica a utilizar y su efecto sobre el control judicial ordinario, una habilitación de carácter general, aunque incluyera una reserva de exclusión por la legislación sectorial pertinente.

Las habilitaciones específicas únicamente parecen constitucionalmente posibles, a su vez y desde un punto de vista objetivo, en materias o aspectos de ellas idóneos al efecto, por la índole misma del asunto (gestión del patrimonio en régimen de Derecho común, actividad contractual, por ejemplo), su gran dependencia de la ciencia y la técnica o el amplio margen de apreciación que en ella goza la Administración, pero también por la discrecionalidad de las potestades (o elementos de ellas) atribuidas a ésta (de modo que ésta puede introducir en las decisiones elementos creativos y volitivos propios). Podría establecerse, como regla, el parale-

³⁰ Se coincide, pues y en el resultado, con la posición mantenida por J. Rosa Montero, *op. cit.* en nota núm. 3.

³¹ La «normalidad» del sometimiento del Estado al arbitraje en las relaciones internacionales, aunque corrobore argumentalmente que la soberanía (el poder público) no es refractaria por naturaleza a la técnica, no sirve como justificación sin más del juego de aquella técnica en las relaciones internas del poder con los ciudadanos. Pues éstos, al contrario que otros terceros Estados o los ciudadanos o sujetos de otros Estados, no están necesaria y enteramente sujetos al poder público del Estado de cuya sumisión al arbitraje se trate.

lismo entre accesibilidad a la técnica consensual (amplio sentido) o de conciliación o arbitraje impropio en vía administrativa (en su caso impugnatoria) ordinaria y accesibilidad a la técnica arbitral en vía contenciosa (prejudicial).

La condición antes expuesta para la superación de la principal dificultad constitucional para la introducción del arbitraje —la no exclusión completa del control final judicial—, impone a éste, empero, la especificidad de sus efectos, no tanto en cuanto a la eficacia de la decisión arbitral, cuanto más bien a la posibilidad de la apelación última al Juez y el alcance de la intervención de control de éste. Esa posibilidad debe existir en todo caso para no defraudar el estatuto constitucional del poder público administrativo en punto a su control jurídico externo y estatal. Y el control judicial a verificar debe poder extenderse a la comprobación de la no infracción del ordenamiento jurídico, al menos de forma manifiesta (como para el supuesto de la autocomposición intraprocesal señala hoy ya el artículo 77 LJCA), por más que pueda configurarse como de instancia única para salvaguardar la finalidad perseguida con la técnica alternativa de que se trata.

Pero entonces queda claro que el arbitraje en sentido estricto que cabe introducir en el Derecho administrativo es peculiar y de Derecho público, es decir, es distinto del regulado en la Ley de Arbitraje, que no resulta, así, aplicable sin más a la Administración pública. Y ello no sólo por las razones expuestas, sino también por la singularidad de la actividad administrativa respecto de las de los sujetos ordinarios por muchas razones, pero entre las que destaca el empleo por la misma de mecanismos de macro-dirección y configuración sociales, es decir, afectando simultáneamente a una pluralidad de intereses y relaciones. De ahí que deba convenirse con J. Rosa Moreno³², que llega a idéntica conclusión, en que la fórmula está por establecer y ha de consistir precisamente en la de arbitraje institucional. Circunstancia ésta, que acerca la solución a la susceptible de desarrollo sobre la base del artículo 107.2 LRJAPyPAC y antes propuesta con criterios de orden práctico.

³² J. Rosa Moreno, *op. cit.* en nota núm. 3, págs. 105 a 107.