

ESTUDIO SOBRE ARBITRAJE

Luciano PAREJO ALFONSO*

SUMARIO: I. *El arbitraje y la administración pública*. II. *El arbitraje administrativo: viabilidad, variantes y alcance*.

I. EL ARBITRAJE Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tres son las posibilidades en nuestro sistema de relacionar la administración con la institución del arbitraje.

Existe en primer término, por de pronto, la de sometimiento voluntario de la administración a un arbitraje ordinario (el privado) en los términos en que esta institución está regulada por la Ley 60/2003, del 23 de diciembre; alternativa, que aquí pueda quedar sin considerar.

La administración puede, en segundo lugar y para cumplir sus cometidos propios, utilizar la anterior institución en su variante de arbitraje administrado. Es lo que hace justamente la vigente Ley 26/1984, del 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios en su artículo 31. Al proceder así esta Ley no ha publicado (en el sentido de la administrativización) la correspondiente actividad misma, como señala la STC 62/1991, del 22 de marzo: el arbitraje del citado artículo 31 no constituye en puridad función arbitral de naturaleza jurídico-procesal; se trata de una función arbitral de la administración pública equidistante de su función ordenadora de la esfera privada (razón por lo que puede ser una competencia autonómica), dirigida tan sólo a la creación y puesta en pie de una específica organización administrativa (las Juntas Arbitrales de Consumo) “participada” por las organizaciones de los consumidores y usuarios y representantes de los sectores interesados, y la asignación a la misma de la función de facilitación y aseguramiento del funcionamiento

* Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Carlos III de Madrid.

del correspondiente arbitraje. Este es tal, conforme al modelo desarrollado internacionalmente a partir de la Convención de Nueva York y el Convenio de Ginebra.

Esta alternativa es utilizada también, incluso en su variante forzosa (sin voluntariedad para las partes, sujetos privados) en los sectores liberalizados, sobre todo los que trabajan en red, tal como pone de manifiesto A. Huergo Lora en su libro sobre la resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo.¹

Tampoco el análisis de esta segunda posibilidad es de interés en el presente caso, al no responder la opción que éste traduce a las características de la que está en la base de aquél. Pues no se trata en dicho caso tanto de un arbitraje en sentido estricto, es decir, para resolver —la organización administrativa— un conflicto entre sujetos privados, cuanto más bien de someter el resultado del ejercicio de una potestad administrativa a revisión ante un órgano y por un procedimiento de carácter arbitral (arbitraje impropio).

Por último, el programa legislativo de la pertinente actividad administrativa en sentido estricto puede poner al servicio de ésta el arbitraje como institución administrativa específica, incluso como resultante de la modulación jurídico-pública de la privada hasta ahora considerada. A esta alternativa abre paso con carácter general el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPyPAC), conforme al cual:

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

Es claro que el artículo 25 del borrador de que aquí se trata, pretende actualizar, para el ámbito sectorial del deporte federado, la habilitación y el marco general establecido por el precepto transcrito, instituyendo un

1 Huergo Lora, A., *La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Bolonia, Real Colegio de España, 2000.

procedimiento de carácter arbitral, a sustanciar ante un órgano colegiado preciso, para la resolución, en sede administrativa, de las impugnaciones de las resoluciones sancionatorias por comisión de las infracciones tipificadas para la disciplina deportiva en materia de dopaje.

La solución no traduce en modo alguno la configuración de una actividad arbitral como coartada para —como dice A. Huergo Lora— justificar la asunción por autoridades administrativas de funciones materialmente jurisdiccionales (incluso de índole civil mediante la interposición de un acto administrativo). La regulación de una disciplina deportiva en materia de dopaje (tipificación de infracciones y sanciones administrativas) y la atribución de la correspondiente potestad administrativa sancionadora la preceden en el plano lógico. El objetivo es atender las peculiaridades del interés público perseguido en la lucha contra el dopaje en el deporte federado, al considerarse inadecuado el mecanismo del recurso administrativo, seguido del control judicial contencioso-administrativo ordinario, mediante la sustitución de aquél recurso por mecanismo impugnatorio de corte arbitral. Pero en la actuación de éste se manifiesta una actividad formal y materialmente administrativa.

II. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO: VIABILIDAD, VARIANTES Y ALCANCE

1. *La demanda de fórmulas alternativas al control interno y judicial contencioso-administrativo de la actividad administrativa*

Hoy reina 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 corto periodo 1992-1999 lo dicen todo y no es preciso abundar ahora en ello. 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 só-

lida 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 amenaza 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 calificación constitucional de ésta como “efectiva”, ha determinado un específico riesgo de desequilibrio e, incluso, de “inversión” de la relación 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 posconstitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa: *a)* el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante 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; *b)* el artículo 105.3 LJCA desautoriza el control sustantivo del juez competente para la ejecución de la sentencia firme 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 *c)* 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 Vasco.

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 solo 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 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 en la programación legal de la administración, 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 Constitución. 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 (artículo 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 administra-

ción”. De ahí la pérdida de homogeneidad y formalismo de la relación jurídico-administrativa y la emergencia del contenido material diverso de las relaciones 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, párrafo segundo de la 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 Constitución de 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 nacional.² 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 permisión de la preparación de la resolución o la resolución misma de los procedimientos administrativos mediante pactos, acuerdos o convenios (artículo 88 LRJAPyPAC), así como de la autorización para la sustitución del recurso administrati-

2 Para mayor desarrollo, de esta afirmación: Parejo Alfonso, L., “El ciudadano y el administrado ante la administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, pp. 539 y ss.

vo 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 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. Cuesta aceptar las peculiaridades y los límites del control de la discrecionalidad administrativa, pero 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 alterna-

tivas a las judiciales y finalmente poner fin a los litigios ya entablados o, cuando menos, evitar su excesiva o innecesaria prolongación. El borrador preparado por el Consejo Superior de Deportes se sitúa así en una línea de tendencia clara en la evolución del derecho administrativo.

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 Moreno,³ 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 conciliación, mediación...

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 la fórmula a la de arbitraje—⁴ en muy buena medida 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

3 Rosa Moreno, J. *El arbitraje administrativo*, Madrid, Mc Graw Hill-Universidad de Alicante, 1998, p.

4 En esta línea se situaba la propuesta, en el proyecto de Ley de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias (hoy ya Ley), de creación de una *comisión de reclamaciones* para la materia de ordenación territorial y urbanística en todo el territorio autonómico, que, de haberse recogido efectivamente en el texto legal 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-recurrente 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.

Jurado Provincial de Expropiación,⁵ cabe citar el Comité Español de Disciplina Deportiva a que se refiere el artículo 84 de la Ley 10/1990, del 15 de octubre, y que tiene homólogos en la instancia autonómica,⁶ y por supuesto, en la instancia local, el Consell Tributari del Municipio de Barcelona.⁷ 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 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 administración)⁹ 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, del 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 (sustituyendo al recurso de alzada), sintonizando así con expe-

5 En este sentido Martín Mateo, R., *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1989, p. 119.

6 Véase Bermejo Vera, J., “El conflicto deportivo y la jurisdicción”, *Documentación Administrativa* núm. 220.

7 Véase Tornos Más, J., “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona”, *Documentación Administrativa*, 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 Parejo Alfonso, L., “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)”, *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1992.

riencias de derecho comparado no excesivamente exitosas (así, sobre todo, en derecho francés: los *Commités de Règlement Amiable* del Decreto 81-272 del 18 de marzo de 1981), está aún prácticamente inédito y el título VII del propio texto legal (artículos 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. Aunque no debe excluirse que tanto la más amplia y flexible regulación del desistimiento 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 de la misma Ley (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.

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 litigios 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 arbitraje en sentido estricto,¹⁰ que es ya —conforme a su regulación en el derecho

10 Véase Trayter, J. M., “El arbitraje en el derecho administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *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*

común o privado— 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.

3. *La dificultad de la introducción del arbitraje en derecho administrativo, a pesar de su juego en él*

Siguiendo a A. Patrikios¹¹ de “arbitrabilidad” (perdónese el barbarismo)¹² 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. Cambournac—¹³ 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 derecho administrativo (hasta su radical exclusión del mismo en el caso de Bélgica), pero, de otro lado, la

Procedimiento Administrativo Común, Oñati, IVAP, 1995. También, con una posición más matizada, Rosa Moreno, J., *op. cit.*, nota 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 Pérez Moreno, A., (coord.), *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

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

12 Level, P., “L’arbitrabilité”, *Revue de l’arbitrage*, 1992, p. 213.

13 Cambournac, M., Discurso de bienvenida pronunciado en el coloquio organizado por la Asociación Francesa de Arbitraje el 17 de Septiembre de 1990 y citado por Patrikios, A., *op. cit.*, nota 11.

existencia generalizada de concretas disposiciones administrativas que contemplan mecanismos análogos, si no propiamente de arbitraje.

Conviene analizar, pues, 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.

4. 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 (artículo 10.1 CE) y, por ello, de los concretos derechos y libertades públicamente 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 (artículo 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 (artículo 117.3 CE). Aunque sobre este punto ha de volverse, conviene ahora adelantar que la apuntada dificultad no es en modo alguno insuperable: a) la exclusividad que se predica constitucionalmente en favor de jueces y magis-

trados 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; *b*) 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 Constitución 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; artículo 125 CE); y *c*) 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 relaciones y, por tanto, de consecuencias jurídicas.¹⁵ 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. 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 en la administración verdadera autonomía de la voluntad, 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 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

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

15 Sobre este extremo, véase Parejo Alfonso, L., “Organización y actividad en la administración pública”, *Eficacia y administración. Tres estudios*. Madrid, INAP-BOE, 1995, pp. 56 y ss.

una habilitación, un apoderamiento específico. Dicha capacidad (si este término puede llegar a aplicarse con rigor a la administración) es, pues, la suma de las potestades-habilitaciones de actuación que el ordenamiento en cada momento le atribuya efectivamente.

5. *Las posiciones y soluciones tradicionales y su 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 *a)* la regla esencial de la separación de la administración y del juez; *b)* 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 *c)* 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:

16 Auby, J. M., “L’arbitrage en matière administrative”, *L’actualité juridique. Droit Administratif*. A.J.D.A., 1955, I, p. 82.

- a) En la doctrina científica se vienen produciendo tomas de posición favorables a un limitado juego de arbitraje. Así M. Gaudemet,¹⁷ 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. Devolví,¹⁸ 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 técnica.¹⁹
- c) El Consejo Constitucional, en su decisión del 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 arbitraje.²⁰

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

17 “L’arbitrage: aspects de droit public, état de la question”, *Revue de l’arbitrage*, 1992, p. 255.

18 Devolvé, P., Comunicación presentada al coloquio organizado por la Asociación Francesa del Arbitraje el 17 de septiembre de 1990, citado por Patrikios, A., *op. cit.* nota 11, p. 55.

19 Sobre la situación en el derecho francés véase Rosa Moreno, J., *op. cit.*, nota 3, pp. 86 y ss.; y Patrikios, A., *op. cit.*, nota 11.

20 El contenido esencial de la posición del Consejo de Estado citado (referenciado en nota 8) puede verse en Rosa Moreno, J., *op. cit.*, nota 3, p. 86.

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 administrativo,²² 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 la francesa;²⁴ 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 some-

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

22 Así la STS del 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, del 16 de marzo; 15/1989, del 26 de enero; y 62/1991, del 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, del 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).

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.

tiendo su juego a determinados requisitos y garantías. Los dos ejemplos principales son: a) el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, del 26 de noviembre, General Presupuestaria, 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 permitiendo, de otro lado, su artículo 10.2 la celebración de acuerdos o convenios en el curso del proceso concursal y de acuerdo con la ley reguladora de éste, así como acordar con el deudor la compensación de créditos (idéntica disposición a la del artículo 7.3 se contenía ya antes en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, del 23 de septiembre); y b) el artículo 31 de la Ley 33/2003, del 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 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 (en el mismo sentido ya antes el artículo 40 de la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, del 15 de abril). Y ya nos consta que:

- 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 de alzada 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), y
- 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 procedimien-

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, del 18 de abril).

to, 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 es favorable 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, del 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. El incumplimiento de tal mandato, al menos en cuanto al plazo, ilustra sobre la inercia del celaje de problematismo que cubre aún el recurso a tales procedimientos.

Resumiendo, puede decirse —teniendo por sentada la admisibilidad del arbitraje en materia administrativa en los Estados Unidos de América (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 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.

6. La viabilidad del arbitraje en el derecho administrativo

La cuestión de la “arbitrabilidad” de los contenciosos administrativos debe resolverse en sede constitucional, dado el carácter de institución básica de la organización del Estado en su conjunto de la administración pública.

26 Véase a este respecto Rosa Moreno, J., *op. cit.*, nota 3, pp. 89 y ss.

A. *El ámbito de la técnica arbitral en este campo y su consecuente especificidad; su distinción de la prevista en el artículo 107.2 LRJAPyPAC (arbitraje administrativo impropio) y las posibilidades de ésta*

El ámbito mismo de la cuestión aludida 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 (artículo 128.2 en relación con el artículo 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 manos de ésta, deben sujetar por completo su actividad al derecho común por encontrarse insertas en el mercado regido por el principio de libre competencia.²⁷ 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 60/2003, 23 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 LRJAPyPAC, como muy bien ha señalado J. Rosa Moreno.²⁸ 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 inte-

27 Sobre este extremo, véase Parejo Alfonso, L., “Organización y actividad en la administración pública”, *op. cit.*, nota 15, pp. 30 y ss.; Nieves de la Serna Bilbao, María, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 95 y ss.

28 Rosa Moreno, J., *op. cit.* nota 3, p. 99.

resados o 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 (de la Ley de Arbitraje), ni, por tanto, erigirse en verdadera alternativa al control judicial ordinario. Esta técnica puede calificarse, así, de arbitraje administrativo impropio.

De todas formas, desde un punto de vista práctico y cara al cumplimiento del mandato de desarrollo legal contenido en la disposición adicional segunda de la Ley 4/1999, del 13 de enero, las posibilidades que ofrece la fórmula del artículo 107.2 LRJAPyPAC son amplias y prácticamente alcanzan a soluciones de trascendencia equiparable al arbitraje propiamente dicho. Pues admite desde luego una concreción en términos de gran utilidad desde la finalidad que se busca justamente con la introducción del mecanismo arbitral en sentido estricto y que obvia prácticamente los problemas de porte constitucional que suscita este último; términos, que pueden ser, por ejemplo, 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 requiere, en todo caso y como es lógico, la pertinente habilitación y ha de quedar referida naturalmente a las materias idóneas para ello, que pueden ser desde luego todas las conceptuales como accesibles a la técnica del arbitraje propiamente dicho, al que inmediatamente va a hacerse alusión.
- b) Modulación en la LJCA (lo que requiere 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 ha de corresponder ya al orden contencioso-administrativo. El fundamento de esta modulación ha de ser aquí materialmente idéntico al del arbitraje propiamente dicho, del que seguidamente vamos a tratar, pues el poder ejercido por las orga-

nizaciones propuestas solo formalmente tienen naturaleza administrativa, estándose en realidad ante un poder sustantivamente cuasijurisdiccional (como para las agencias se considera en derecho estadounidense). En este caso deben considerarse operativa aquí la “deferencia” que por parte del juez merecen, 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 (artículo 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 Constitución: *a)* 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 (artículo 117.3 CE); *b)* 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 (artículo 23 CE); y *c)* 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 Morón.²⁹ El poder público administrativo, constituido por la Constitución y sujeto a ella (ar-

²⁹ Sánchez Morón, M., “Los recursos administrativos”, en Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Técnos, 1993, p. 346.

título 9.1 CE), no parece poder quedar eximido, 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 tal.³⁰ 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 descartaría también, en efecto, en un previo acuerdo de las partes, que entregarían los términos de la composición a uno o varios terceros.

Es claro, sin embargo, que la Constitución impone los siguientes límites al legislador:

1. El establecimiento de una organización y una correlativa actividad formalizada (procedimentalizada y dirigida a la producción del pertinente acto jurídico) no puede lesionar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial. El diseño de la carga en que indudablemente consiste la preceptividad del agotamiento de la específica vía administrativa arbitral ha de ser tal, pues, que no incurra en tal lesión.

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

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 76/1996, que cita las anteriores 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991 y 48/1995), solo resultan constitucionalmente inadmisibles los obstáculos al enjuiciamiento de fondo del asunto que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establezcan. Porque en sí misma la carga de agotar previamente un determinado cauce procedimental no es contraria a derecho del artículo 24.1 CE.

En la medida en que el establecimiento del procedimiento “arbitral” determina una carga enteramente equiparable a la que impone la pacífica del recurso administrativo obligatorio o la reclamación previa en vía administrativa al ejercicio de las acciones civiles o laborales, no parece que aquel establecimiento pueda tener problemas desde el punto de vista del límite constitucional ahora considerado; conclusión que vale por supuesto también para la variante del arbitraje impropio.

2. El juego del mecanismo arbitral no puede vulnerar la reserva de jurisdicción contenida en el artículo 117.1 CE.

Puede traerse aquí todo lo ya dicho en relación con el artículo 117 CE, añadiendo a ello ahora que, como dice J. L. Requejo Pagés,³¹ lo que caracteriza al poder-función judicial (cuyo contenido es el de juzgar y ejecutar lo juzgado) no es precisamente la resolución de los conflictos concretos (eventualmente todos) —lo que significa que la Constitución no le garantiza un determinado contenido sustantivo, ni un preciso ámbito material, pues no lo define por relación a uno u otro—, sino más bien y precisamente la especial eficacia y el peculiar carácter de sus decisiones: el ser la última palabra, ser definitivas, tener eficacia de cosa juzgada cuando adquieren firmeza. Lo que caracteriza constitucionalmente al poder judicial es, pues, su posición en el total sistema decisonal estatal.

No existiendo, pues, un ámbito de conflictos constitucionalmente reservado al conocimiento del poder judicial, nada puede obstar, desde esta otra perspectiva, al establecimiento de un verdadero arbitraje, menos aún al de un arbitraje administrativo impropio.

Tampoco existe obstáculo constitucional desde el punto de vista de la distribución de la jurisdicción entre los diferentes órdenes,

31 Requejo Pagés, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid 1989.

pues tampoco existe una reserva jurisdiccional en favor del orden jurisdiccional civil que pudiera enervar el conocimiento del orden contencioso-administrativo.

Por lo expuesto, no hay nada en la Constitución 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 perfectamente, en virtud de expresa habilitación, 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 (artículos 88 y 107.2 LRJAPyPAC). 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 paralelismo 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, sin embargo, la especificidad de sus efectos, no tanto en cuanto a la eficacia de la decisión arbitral, cuanto más bien en 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 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 Moreno,³² que llega a idéntica conclusión, en que la fórmula está por establecer y ha de consistir precisamente en la de arbitraje institucional. Circunstancia, que, como ya hemos señalado, acerca la solución a la susceptible de desarrollo sobre la base del artículo 107.2 LRJAPyPAC, que es la más operativa desde consideraciones de orden práctico.

32 Rosa Moreno, J., *op. cit.*, nota 2, pp. 105-107.