

EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Por

JUAN MANUEL TRAYTER
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. LA CRISIS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. LAS VENTAJAS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. EN ESPECIAL, EL ARBITRAJE: 1. *La crisis de la justicia administrativa*. 2. *Ventajas del arbitraje*.—II. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO.—III. DIFERENCIA ENTRE ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OTRAS FIGURAS AFINES: MEDIACIÓN, TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN. LA DENOMINADA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL: 1. *Mediación, transacción y conciliación*. 2. *La denominada actividad administrativa arbitral*.—IV. LA SITUACIÓN DEL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO HASTA LA LEY 30/92, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: 1. *El arbitraje de Derecho administrativo hasta la LRJPAC*. 2. *Aplicabilidad del arbitraje a los conflictos de Derecho privado en que intervienen Administraciones y empresas públicas: la STS de 6 de marzo de 1987*.—V. EXAMEN DEL ARTÍCULO 107.2 LRJPAC: LAS NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *Planteamiento*. 2. *La reserva legal para la regulación del arbitraje. ¿Ley estatal o autonómica?*: a) Reserva legal. b) ¿Ley estatal o leyes autonómicas? 3. *Ambito de aplicación del arbitraje*: a) Ambito de aplicación formal. ¿Carácter sustitutivo o alternativo del recurso ordinario? b) Ambito de aplicación material. 4. *El procedimiento arbitral*: a) Cuestiones generales. b) Algunos aspectos concretos del procedimiento arbitral. 5. *Administración local y arbitraje*

I. LA CRISIS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. LAS VENTAJAS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. EN ESPECIAL, EL ARBITRAJE

1. *La crisis de la justicia administrativa*

Es de todos conocido el momento de crisis que atraviesa la justicia administrativa. Desde el punto de vista del ciudadano, el proceso contencioso-administrativo se desarrolla de forma lenta, concluye con una sentencia no siempre bien fundada y, aun reconociéndose el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), esa resolución en muchas ocasiones o bien resulta de imposible ejecución o bien carece de interés alguno pues las circunstancias personales y reales han variado de tal modo que nada tienen que ver con el origen del litigio (1). En ese contexto, y junto a la importancia cre-

(1) Denunciando esa situación véanse, entre otros, los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1989; J. TORNOS, *La*

ciente de las medidas cautelares (2), adquieren especial trascendencia los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca, con luz propia, el arbitraje de Derecho administrativo.

En general, según este sistema, «las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho» (art. 1 de la Ley 36/88, de 5 de diciembre, de Arbitraje; en adelante, LA).

2. Ventajas del arbitraje

Sin perjuicio del análisis que efectuaremos posteriormente acerca de las características y especialidades de la institución arbitral aplicadas al Derecho administrativo, es necesario explicar brevemente cuáles son las ventajas de la aplicación de esa figura en nuestro ámbito (3).

Así se ha destacado, en primer término, el factor tiempo. En este sentido, y frente a la larguísima duración de los procesos contencioso-administrativos (4), en el procedimiento arbitral, «si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar su laudo en el plazo de seis meses, contados desde la fecha en que hubieran aceptado la resolución de la controversia» (art. 30 LA). El no respeto

situación actual del proceso contencioso-administrativo, núm. 122 de esta REVISTA, 1990, págs. 103 y ss.; L. MARTÍN REBOLLO, *El anteproyecto de Ley de lo contencioso-administrativo y su contexto: de la Ley de 1888 a la situación actual*, en «Documentación Jurídica», núm. 51, 1986, págs. 714 y ss.; R. MARTÍN MATEO, *Eficacia social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Alicante, 1989; M. SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid, 1991; Alfonso PÉREZ MORENO (coord.), *La Reforma del proceso contencioso-administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995. Asimismo, véase el número monográfico de «Documentación Administrativa» titulado *El control judicial de la Administración Pública*, núm. 220, 1989.

(2) La importancia de las medidas cautelares ha sido destacada por gran parte de la doctrina. Sin querer ser exhaustivos, ver, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español)*, Ed. Civitas, Madrid, 1992; LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales a la autotutela administrativa*, núm. 115 de esta REVISTA, 1988, págs. 68 y ss.; RODRÍGUEZ ARANA, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 105 a 122; R. ENTREÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1/1, 11.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 201 y ss.; Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

(3) Sobre el tema, ver RISTUCCIA, BENVENUTI, CAIA, A. PREDIERI y SCOCA I D'AMATO, *Arbitrato e Pubblica amministrazione*, Istituto per la Proporzionalità della cultura arbitrale, Isdaci, Milano, 1991, págs. 26 y ss. Acerca de las ventajas del arbitraje en general, ver A. M. LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, E. J. Dykinson, Madrid, 1991, págs. 168 y 169; J. MONTERO AROCA (dir.), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, págs. 20 y ss.

(4) Al respecto, ver J. TORNOS, *La situación actual...*, op. cit., pág. 106, nota 4.

de este plazo es una de las causas de nulidad del laudo arbitral (art. 45.3 LA).

En segundo término, es importante resaltar el factor flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, es un traje a la medida de cada una de las partes (art. 21.2 LA). De ese modo, y respetando algunos principios esenciales (audiencia, contradicción), la voluntad de las partes va a ser determinante para el desarrollo del procedimiento, en el que el principio antiformalista, siempre respetando ciertas reglas, juega un papel relevante (5).

En tercer lugar, ha sido destacado el factor competencia y especialización puesto que corresponde al enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate (6).

En cuarto lugar, ha sido puesto de relieve el tema económico aunque, a nuestro parecer, este argumento resulta más que discutible aplicado al ámbito administrativo, pues frente a la gratuidad del recurso administrativo ordinario, el arbitraje comporta un coste (7).

Por último, la introducción del arbitraje en el Derecho administrativo, así como otras figuras de corte convencional o negocial, inaugura un nuevo sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos (8) que la doctrina francesa denomina la «táctica de la seducción», en un intento de legitimación democrática de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica (9).

(5) A. M. LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios...*, op. cit., Comentarios al artículo 21 LA, pág. 168.

(6) Ese es el propósito de la redacción del artículo 14 LA y Reglamentos de cada colegio arbitral. Al respecto, ver J. MONTERO AROCA (dir.), *Comentario...*, op. cit., págs. 85 y ss.

(7) Así, ver artículo 16 de LA. De ese modo, los Reglamentos de los Tribunales Arbitrales existentes en la actualidad prevén el pago de unas tarifas por los gastos de los árbitros y gastos administrativos. En ese sentido, el Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona recoge bajo el epígrafe Tarifas unos gastos fijos de 25.000 pts. por apertura y registro del expediente y una escala de honorarios de los árbitros y gastos administrativos que oscila entre 12.000 y 80.000 pts. para los litigios de hasta 2.000.000 y de 1.000.000 a 5.000.000 para los procedimientos cuya cuantía sea entre 100.000.000 a 250.000.000.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el arbitraje sustituye también, de forma parcial, al recurso contencioso-administrativo.

(8) L. PAREJO, A. JIMÉNEZ BLANCO y L. ORTEGA ALVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1996, págs. 605 y 606 (capítulo reeditado por L. PAREJO). En el plano normativo esa circunstancia se produce mediante otras técnicas. Al respecto, véase M.ª Jesús MONTORO, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad. Presupuestos de calidad de las normas*, Madrid, 1989, y de la misma autora, *Técnicas normativas. El procedimiento intern d'elaboració de les normes*, IEA, Barcelona, 1991; J. TORNOS, *El arbitraje en el Derecho Administrativo: Posibilidad de esta figura jurídica*, «Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona», boletín núm. 6, págs. 19 y 20; J. C. MARESCA, *El arbitraje en el Derecho Administrativo*, «Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona», boletín núm. 5, págs. 60 y 62.

(9) Jacques CAILLOSSE, *Sur la progression en cours des Techniques contractuelles d'administration en le droit contemporain des contrats*, Paris, 1987, págs. 89 a 124, en especial

II. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO

El artículo 107.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dice:

«Las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presenta Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.»

Extrayendo tanto de ese precepto como de la regulación general del arbitraje algunas notas que caracterizan la institución, podríamos definir el arbitraje de Derecho administrativo como *aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros.*

Ese concepto inicial nos va a permitir deslindar la institución estudiada de otras que pudieran guardar ciertas similitudes y que, sin embargo, no pueden incluirse en este estudio.

En primer término, el arbitraje; la institución arbitral se caracteriza por la *voluntariedad* en el sometimiento. El recurso a la institución arbitral presupone siempre —dice GIMENO SENDRA— un acto voluntario de sumisión a ella de las partes en conflicto (10), enten-

pág. 92; citado por J. C. MARESCA, *El arbitraje...*, op. cit., pág. 61; Conseil d'Etat, *Regler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, en «Documentation Française», 1993. En nuestra doctrina, véase el excelente trabajo de F. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

(10) V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, I (vol. 2), 5.^a ed., Valencia, 1990, pág. 619 (coautores ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA).

diéndose en la actualidad (11) que el arbitraje no puede ser nunca forzoso, porque su base legitimadora se encuentra en la voluntad de las partes que confían en la solución que provoca y propicia (12). Tanto es así que el hacer obligatoria esta institución implica una desnaturalización de la misma (13), llegando entonces a hablarse de otra cosa pero no de arbitraje. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencia 56/90, de 29 de marzo (Recurso de Inconstitucionalidad contra la LOPJ) (14). En efecto, la Generalitat de Cataluña, parte demandante, sostenía la inconstitucionalidad de la disposición adicional 6.^a de la Ley 6/85, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, que suprimía los denominados Tribunales Arbitrales de Censos en las cuatro provincias catalanas. Se argumentaba que estos órganos no desempeñaban funciones jurisdiccionales ni estaban integrados en el poder judicial, puesto que tenían carácter arbitral. Por tanto, su supresión no podía hacerse al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre la materia (arts. 149.1.6 y 117.5 CE). El Tribunal rechaza la alegación concluyendo que, pese a la denominación, esos Tribunales tienen carácter forzoso u obligatorio para las partes y, por tanto, no nos encontramos ante instituciones arbitrales sino auténticas jurisdicciones especiales (15).

(11) En el pasado, el Código de Comercio de 1829 hizo el arbitraje entre los socios obligatorio o forzoso, estableciéndose en toda escritura de constitución de la sociedad que las cuestiones litigiosas entre los mismos serían resueltas por árbitros. Al respecto, S. SENTIS MELENDO, *Derecho Procesal Civil, Criminal y Organización Judicial* (apéndice a la 4.^a ed.), Madrid, 1934, pág. 136.

(12) En esa línea, F. GÓMEZ LIAÑO, *El proceso civil I*, Ed. Forum, Oviedo, 1990, pág. 349.

(13) M. FÁBREGA Y CORTÉS, *Lecciones de Procedimientos judiciales*, 2.^a ed., Barcelona, 1921, pág. 65.

(14) «BJC» 109, de mayo 1990 («BOE» de 4 de mayo de 1990).

(15) De ese modo dice el FJ 47:

«Los Tribunales Arbitrales de Censos, pese a su denominación, se configuran en la citada Ley de 31 de diciembre de 1945 como auténticos órganos jurisdiccionales.

En efecto, su artículo 46 atribuía a los Tribunales que crea en cada una de las provincias catalanas el conocimiento "con carácter exclusivo" de los asuntos que se planteasen en los respectivos territorios con ocasión de las divisiones y redenciones de censos, determinación de pensiones, valoración de prestaciones, estimación de fincas a los efectos de redención, fijación de laudemios y su distribución, y, en general, de cuantas cuestiones fueran objeto de la propia Ley o hicieran referencia a su aplicación. Es decir, establecía la obligación de las partes, en los casos taxativamente determinados por la Ley, de acudir a los Tribunales Arbitrales de Censos, cuya intervención, por tanto, no respondía a un acto voluntario de sumisión o sometimiento a su decisión, inherente al método específico de heterocomposición dispositiva del conflicto en que consiste la institución arbitral, sino a reglas propiamente atribuidas de la competencia objetiva y territorial.

En suma, en términos de la STC 43/1988 (fundamento jurídico 4.º), no se trataba del reconocimiento legal a que por obra del principio de

Y como se deduce de lo afirmado, en definitiva, el arbitraje ha de ser siempre potestativo o voluntario (arts. 1, 5, 38 LA), pues en caso contrario, además de encontrarnos ante otra institución, podrían vulnerarse las reglas de unidad jurisdiccional y prohibición de Tribunales de excepción (art. 117.5 y 6 CE) (16) y tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Por ello, y a pesar de la denominación que utilizan leyes recientes, consideramos que no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros. Así, por ejemplo, el Real Decreto 1846/94, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado (17), establece en su apartado III (reclamaciones en materia electoral) un denominado procedimiento arbitral para solucionar las controversias en esa materia. Al establecerse con carácter forzoso, ese procedimiento, realmente y a nuestro juicio, no es un auténtico arbitraje (18).

Una segunda característica del arbitraje es la *libre elección de los árbitros*, peculiaridad que en nuestro ámbito viene completada por la necesidad de que sean «órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas» (art. 107.2 LRJPAC).

De esa parca regulación podemos, sin embargo, destacar que el arbitraje se incluye entre las denominadas formas heterocompositivas, denominadas así porque no son las partes (Administración y ciudadanos) quienes resuelven el conflicto sino un tercero, cuya decisión se impone de forma obligatoria.

Por lo demás y en el seno del Derecho administrativo, esos árbitros deberán reunir una serie de notas. Entre ellas destacaríamos:

autonomía de la voluntad de los particulares pudiera optarse por la jurisdicción de unos árbitros, renunciando a la jurisdicción estatal, sino de la creación de unos órganos del Estado que ejercían una jurisdicción especial (STS de 4 de noviembre de 1970), a quien, pese a la expresada calificación legal, les correspondía dictar y ejecutar sentencia; proviniendo su singularidad de su composición (arts. 47 y 48), ámbito material y territorial de su competencia (art. 46), desenvolvimiento procesal (art. 49) en el que supletoriamente regía la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

(16) Así lo afirma A. M. LORCA NAVARRETE, *Derecho de Arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1989, págs. 24 y 25.

(17) Esa norma desarrolla los artículos 28 y 29 de la Ley 9/87, de 12 de junio, con la redacción dada por la Ley 18/94, de 30 de junio, sobre órganos de representación y determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

(18) El artículo 23.1 del Real Decreto establece que las impugnaciones en materia electoral del personal al servicio de la Administración se tramitarán obligatoriamente según el procedimiento arbitral allí regulado, añadiendo en su párrafo 2: «No obstante, en las reclamaciones contra la denegación de la inscripción de actas electorales podrá optarse entre la promoción de dicho arbitraje o el planteamiento directo de la impugnación ante la jurisdicción social.»

a) Carácter colegiado de la institución arbitral. De ese modo y según el artículo 13 LA, el número debería ser siempre impar (mínimo tres árbitros).

b) No sometidos a instrucciones jerárquicas. La Ley pretende desde este punto de vista preservar la imparcialidad y objetividad de la actuación arbitral. Salvando esos requisitos, podría aceptarse que el arbitraje lo realizaran órganos de la Administración como el Consell Tributari del Ajuntament de Barcelona (19), o también podría recomendarse la administración del arbitraje institucional (art. 10 LA), que ya están funcionando en muchas partes de España (20).

En tercer término, *el laudo* o decisión arbitral *es de obligado cumplimiento* para las partes y produce efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 37 LA). De ese modo el laudo, además de decidir con carácter definitivo las cuestiones objeto de controversia, no puede ser revocado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos, pudiendo obtenerse su ejecución forzosa por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias.

Por último, los conflictos que puedan resolverse con el sistema arbitral han de ser de *naturaleza disponible por las partes*, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a Derecho, que, como veremos, en el ámbito del Derecho administrativo se corresponden con las materias típicamente convencionales (21) dejando al margen la actividad reglada de la Administración, pues en esta última la Ley permite una única solución justa. Este último requisito, por lo demás, ha sido tradicionalmente esgrimido para poner trabas o dificultades al arbitraje en el seno del Derecho administrativo, pues se entendía que la Administración, al estar sometida al principio de legalidad (art. 9.1 CE), no podía nunca disponer.

(19) Al respecto, ver el estudio de J. TORNOS en «DA», núm. 220, en donde aparece el Reglamento que regula dicha institución de 2 de marzo de 1988.

(20) Estos órganos se encargan de administrar el arbitraje. Entre ellos destacaríamos la Corte de Arbitraje de Madrid, el Tribunal Arbitral de Barcelona, Corte de Arbitraje de Valencia, Tribunal Arbitral de Comercio de Bilbao. Ver los Reglamentos de funcionamiento de estas instituciones en el apéndice de la obra de J. MONTERO AROCA (dir.), *Comentario...*, op. cit., págs. 359 y ss.

(21) De ahí la íntima conexión entre los artículos 88 y 107.2 de la LRJPAC destacada por GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», Introducción al libro *La nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 12 y ss.; asimismo, véase R. ÉNTRENA, *Curso...*, op. cit., págs. 247 a 249.

III. DIFERENCIA ENTRE ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OTRAS FIGURAS AFINES: MEDIACIÓN, TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN. LA DENOMINADA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL

1. *Mediación, transacción y conciliación*

El arbitraje de Derecho administrativo, si bien tiene notas comunes con otras instituciones como son la conciliación, la transacción y la actividad administrativa arbitral, se diferencia claramente de ellas.

De ese modo y sucintamente, la *mediación* consiste en un procedimiento generalmente no formalizado según el cual un tercero neutral (llamado mediador) contribuye a la resolución de un conflicto entre partes, organizando el intercambio de sus puntos de vistas, intentando aproximarlos y propiciando, en definitiva, una composición de sus intereses (22).

Así, la mediación se distingue del arbitraje en que el mediador no resuelve por sí mismo, mientras que el árbitro adopta una decisión (laudo) a la que las partes han de someterse. El mediador, por el contrario, no puede imponer su decisión sino que corresponde a las partes lograr un acuerdo (23). De ese modo y al no alterar las competencias legalmente atribuidas a él, podríamos afirmar que no es necesaria una norma que lo prevea. En este sentido, no sustituiría al recurso ordinario sino que más bien tendría cabida en el artículo 88 LRJPAC.

Por su parte, la *transacción* es el contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, evitan la provocación de un pleito (extrajudicial) o ponen término al que habían comenzado (judicial) (24). Mantiene como nota común con el arbitraje la existencia de una cuestión litigiosa (de ahí que en ocasiones se regulen en un mismo cuerpo legal) (25), pero mientras que en el arbitraje

(22) M. SÁNCHEZ MORÓN, *La mediación en materia administrativa: ámbito e instrumentos organizativos para hacerla efectiva*, conferencia impartida en los cursos sobre Administración y Arbitraje: Resolver de otra manera los conflictos (J. FERRET-E. MALARET, directores), UIMP-UB Barcelona, julio 1994.

(23) Así, por ejemplo, está recogida esta posibilidad en el artículo 28.1 de la Ley reguladora del Síndic de Greuges (Síndico de Agravios o quejas), Ley 14/84, de 20 de marzo, que dice: «El Síndic de Greuges podrá proponer al Departamento, organismo o entidad afectados en el marco de la legislación vigente, fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas.»

Podría tener esta modalidad amplio predicamento en materias como la función pública y conflictos colectivos funcionariales, urbanismo (servidumbres, deslindes), responsabilidad contractual, extracontractual, relaciones de vecindad, medio ambiente.

(24) Así lo define el artículo 1809 CC.

(25) Por ejemplo, en el ámbito del Derecho público y como veremos posteriormente, se encuentran reguladas ambas instituciones en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/88) y en el artícu-

la cuestión litigiosa puede ser presente o futura («surgida o que pueda surgir», art. 1 LA), la transacción sólo puede tener lugar respecto a controversias ya surgidas; no es posible que las partes acuerden transigir, en su momento, sobre una futura controversia. Además, la transacción se refiere al acuerdo final, a la decisión misma, mientras que el arbitraje constituye el procedimiento y la forma de resolución de la controversia. En palabras de SÁNCHEZ MORÓN, la transacción es un resultado más que una actividad. Por último, el laudo arbitral puede recoger íntegramente lo solicitado por una de las partes mientras que la transacción exige concesiones recíprocas.

Respecto a la *conciliación*, podríamos decir que es un acto procesal previo a la jurisdicción creado con el fin de evitar conflictos. Con importante aplicación en los ámbitos civil y laboral (26), el conciliador únicamente reúne a las partes pero en principio no hace propuesta alguna. Su participación es menor que en la mediación pues, en ocasiones, el conciliador ni siquiera está presente en la conciliación, sólo invita y reúne. De ese modo, se diferencia del arbitraje en que el árbitro impone su decisión a las partes dictando de forma expresa el laudo arbitral. El conciliador no decide (27).

Debemos señalar que el artículo 460 de la LEC excluye la conciliación procesal en los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza. A su vez, la Ley de Procedimiento Laboral (aprobada por Real Decreto Legislativo 521/90) excluye en su artículo 64.1 de la conciliación los procesos que exijan reclamación previa en vía administrativa, es decir, en los procesos que vayan a entablarse contra las Administraciones Públicas (28).

lo 180.2 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de dos posiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. En Cataluña, ver artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 9/94, de 13 de julio.

(26) Es necesario señalar que en nuestro Derecho está prevista la conciliación en el artículo 460 LEC, como un proceso especial de cognición cuya finalidad es eliminar la incoación de un proceso principal también de conjunción a la conciliación laboral recogida en el artículo 75 LPL y ya se produce antes del inicio del juicio en Magistratura, donde queda exceptuada precisamente la Administración Pública y la denominada conciliación previa (arts. 50 a 55 LPL) celebrada ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

(27) Al respecto, ver L. ORTEGA, *La Conciliación en materia administrativa: significado y perspectivas*, en las Jornadas sobre Administración y Arbitraje citadas.

(28) Lo cual, en palabras de L. ORTEGA, no deja de ser una contradicción, pues en estas materias (civil o laboral) es donde la conciliación podría tener más juego. Es necesario destacar, sin embargo, que en la provincia de Barcelona y para la Administración local ha sido creado el Consorcio de Estudios, de Mediación y Conciliación de la Administración Local. De él depende la Junta de Mediación y Conciliación, que tiene como misión la puesta en marcha de:

2. *La denominada actividad administrativa arbitral*

Tampoco es objeto del presente estudio la denominada por el profesor PARADA VÁZQUEZ actividad administrativa arbitral (29), es decir, aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. La diferencia entre esta técnica y el arbitraje de Derecho administrativo es que en la primera la Administración es la que resuelve la controversia surgida entre dos particulares, mientras que en la segunda la Administración es una de las partes en conflicto y el árbitro es un tercero (30). Así existe actividad administrativa arbitral en las controversias surgidas en materias de consumo (31), de seguros privados (32), de transportes (33) y propiedad intelectual (34), entre otras (35).

a) Artículos 38 y concordantes de la Ley 9/87, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (en la versión dada por la Ley 7/90), cuando el conflicto afecta al personal sometido a una relación administrativa o estatutaria.

b) Artículos 63, 153 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando el conflicto afecta al personal sometido a una relación laboral, con los efectos sustitutorios previstos en los preceptos indicados en los casos que resulte preceptivo el trámite de conciliación, y previa sumisión expresa en el convenio colectivo al consorcio de referencia.

De ese modo, los conflictos colectivos, tanto plurales como individuales, que se plantean en el ámbito de actuación de los entes locales de la provincia de Barcelona podrán ser objeto de mediación o conciliación ante este consorcio.

(29) J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I*, Parte General, 6.ª cd., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 534 y ss.

(30) J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, op. cit., págs. 534 y 535.

(31) Mediante los Tribunales Arbitrales de Consumo, creados al amparo de la Ley 26/84, de 19 de julio (art. 31). Para el convenio, la misma Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios exige en su artículo 10.1 que los laudos sean «claros y explícitos».

(32) En donde la Administración se integra en unas denominadas Comisiones de Conciliación para resolver las controversias entre las compañías aseguradoras y asegurados (art. 34 de la Ley 33/84, de 2 de agosto, de ordenación del Seguro Privado).

(33) La actividad arbitral es ejercida por las Juntas Arbitrales de Transporte, creadas al amparo de los artículos 37 y 38 de la Ley 16/87, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.

(34) Se encarga de resolver la controversia la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual (art. 143 de la Ley 22/87, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, y Real Decreto 479/89, de 5 de mayo, que regula sus competencias y funcionamiento).

(35) Sobre el tema en aspectos sectoriales, ver SOSA WAGNER, *Jurisdicciones administrativas especiales*, Sevilla, 1977.

IV. LA SITUACIÓN DEL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO HASTA LA LEY 30/92, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

1. *El arbitraje de Derecho administrativo hasta la LRJPAC*

El Derecho público ha contemplado con muchas cautelas la posibilidad de resolver los conflictos en que interviene una Administración Pública mediante arbitraje. La razón, como hemos ya explicado, hunde sus raíces en la necesidad que las cuestiones litigiosas surgidas o que pueden surgir, para que sean susceptibles de arbitraje, deben ser materias de libre disposición de las partes (art. 1 LA). Este requisito no se cumple, desde la óptica jurídico-pública, cuando la Administración ejerce potestades regladas (pues la ley determina todos y cada uno de los comportamientos de la Administración), siendo más discutible esa afirmación referida a las potestades discrecionales, pues ahí, en principio, caben diversas opciones, todas ellas justas. Sin embargo, la globalidad de la actuación administrativa está vinculada al principio de legalidad (art. 9 CE), vinculación que en una interpretación extensa se opondría al concepto de libre disposición (36).

Como antecedentes inmediatos de arbitraje en el Derecho administrativo cabe citar el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/88), que señala:

«no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública (conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autónomos, art. 2 de la Ley General Presupuestaria), ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno» (37).

(36) En ese sentido, T. R. FERNÁNDEZ, *La Terminación convencional: Naturaleza, ámbito y límites*, conferencia del curso Administración y Arbitraje, celebrado los días 6, 7 y 8 de julio en Barcelona, citada.

(37) En principio, este precepto es aplicable, de acuerdo con el Consejo de Estado (dictamen de 7 de julio de 1988), a todas las Administraciones Públicas. Al respecto, F. DELGADO PLOUERAS, *La Terminación...*, op. cit., pág. 159.

En el mismo sentido, los artículos 41 de la Ley de Patrimonio del Estado (Decreto 1022/64, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado) y 84 de su Reglamento, aprobado por Decreto 3588/64, de 5 de noviembre, disponen: «para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales hará falta una Ley que lo autorice...». (En el mismo sentido, art. 75 Ley 6/87, de 7 de mayo, del Patrimonio de Castilla y León. Exigiendo únicamente un Decreto del Gobierno, véase art. 32 Ley 11/90, de 17 de octubre, del Patrimonio de Baleares.)

También debe tenerse en cuenta el artículo 180.2 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de régimen local. En él se dice: «las transacciones y arbitrajes previstos en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria requerirán, cuando afecten a derechos de las Haciendas de las Entidades locales, el acuerdo del órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente que tuviera asumida esa competencia».

Por otra parte, y como hemos ya dicho, el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil excluye la conciliación procesal en «los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza». A su vez, la Ley de Procedimiento Laboral (aprobada por Real Decreto Legislativo 521/90) excluye de conciliación los procesos que exijan reclamación previa en vía administrativa, es decir, los procesos que vayan a entablarse contra las Administraciones Públicas (art. 64).

En el ámbito autonómico, el artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña (aprobado por Decreto Legislativo 9/94, de 13 de julio) dice: «Sólo por Decreto acordado por el Gobierno se podrá transigir y someter a arbitraje las contiendas que surjan sobre los derechos de la Hacienda de la Generalidad.»

Por tanto, y como conclusión, del análisis de esos preceptos podemos decir que, hasta la entrada en vigor de la Ley 30/92, no estaba prohibido el arbitraje cuando una de las partes era una Administración Pública sometida al Derecho administrativo, pero, sin embargo, esa posibilidad estaba adornada, en ocasiones, de un cúmulo de requisitos: Acuerdo del Consejo de Ministros (u órgano autonómico correspondiente) previa audiencia del Consejo de Estado o autorización mediante Ley (38). En esa línea, la Ley que regulaba la institución arbitral hasta 1988 se denominaba Ley de Arbitraje Privado, tí-

(38) En esa línea se pronunciaba la doctrina. Al respecto, ver J. TORNOS, *La situación actual...*, op. cit., pág. 129; R. MARTÍN MATEO, *Eficacia social...*, op. cit., págs. 128 y ss.

tulo sintomático que excluía de su ámbito de aplicación las relaciones de Derecho público.

2. *Aplicabilidad del arbitraje a los conflictos de Derecho privado en que intervienen Administraciones y empresas públicas: la STS de 6 de marzo de 1987*

Un problema distinto al planteado hasta ahora es si puede aplicarse el arbitraje para resolver los conflictos en que interviene una Administración Pública pero actuando sometida al Derecho privado. La cuestión puede darse de forma más frecuente en relación a la galaxia de entes que componen la denominada Administración institucional (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, entes atípicos e, incluso, sociedades mercantiles dependientes de alguna Administración pública, arts. 41 a 66 y Disposiciones Adicionales décima, undécima y duodécima de la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado).

En muchas ocasiones, la Ley reguladora de estas entidades las somete en su actividad diaria al Derecho privado (39), excepto cuando ejercen potestades públicas (art. 2.2 LRJPAC).

La pregunta surge inmediatamente: los conflictos que surgen entre estas entidades y otras particulares sometidas al Derecho privado, ¿pueden ser objeto de arbitraje?

En principio, los datos que nos proporcionan tanto la legislación como la jurisprudencia van en la línea de responder afirmativamente a dicha cuestión. De ese modo, el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala 1.^a de fecha 6 de marzo de 1987 (Ar. 1419), Ponente: Matías MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE (Hispano Alemana de Construcciones, S.A.), declaró la arbitrabilidad de las controversias surgidas con sociedades estatales cuando éstas actúan sometidas al Derecho privado.

En efecto, la sentencia examina la legalidad de un laudo arbitral dictado con el fin de resolver las controversias surgidas entre las empresas Ingeniería y Promoción I, S.A., de un lado, e Hispano Alemana de Construcciones, S.A., de otro. El motivo del recurso se centraba en la presunta nulidad del laudo arbitral, al recaer sobre materia que según los recurrentes estaba sustraída al arbitraje, pues la empresa citada en último lugar pertenecía a la Administración General

(39) Así, por ejemplo, ocurre con la Agencia Estatal Tributaria (Ley 31/90, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, art. 103, dos, 4); Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Ley 4/90, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, art. 82, uno, 2); Holding Puertos del Estado (Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante 27/92, de 24 de noviembre, art. 2).

del Estado, al haber sido objeto de expropiación por pertenecer al grupo Rumasa. En definitiva, los recurrentes consideraban que una sociedad estatal no podía someterse, para la resolución de sus controversias, al arbitraje. Frente a ello, el TS, desestimando el recurso, en su FJ 4 afirma:

«como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje y equidad y en definitiva el laudo emitido por los árbitros, recae sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la específica del objeto social de la empresa expropiada y erigida de esta suerte en Sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente, que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitrajes Privados».

La posibilidad que las empresas públicas se sometan a arbitraje deriva en segundo lugar de la propia Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Así, en sus artículos 1 y 2 declara que «las personas naturales o jurídicas pueden someter» sus cuestiones litigiosas a arbitraje excepto en las materias que no son «de su libre disposición conforme a derecho». Precisamente la inclusión de la expresión personas jurídicas en la tramitación parlamentaria de la Ley de Arbitraje lo fue con el fin de concretar que las empresas públicas podrían, en adelante, sujetarse al procedimiento arbitral (40). Sentada

(40) La antigua Ley de Arbitraje Privado de 1953 aludía a las partes (art. 6 LAP) sin especificar su carácter societario, aunque siempre se había aceptado esa posibilidad. Sin embargo, con dicha expresión no quedaba claro si las empresas públicas podían someterse a arbitraje y con el fin de zanjar la polémica se incluyó la expresión personas jurídicas. De ese modo, la cuestión fue planteada en la enmienda núm. 208, que tenía como primer firmante al Sr. CALERO RODRÍGUEZ y que luego fue reproducida en el Senado como enmienda núm. 37 (cfr. *La tramitación*, en «Rev. Vasc. Der. Proc. y Arb.», 1-1989, pág. 64), con la finalidad de garantizar «el posible recurso al arbitraje previsto por el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, que marca una tendencia aperturista frente al viejo sistema de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 (...)», añadiendo: «se ofrece, así también, un punto de apoyo a la normativa más reciente, favorable a la utilización del arbitraje en la contratación administrativa internacional y se recoge lo dispuesto en el artículo II del Convenio Ginebra de 1961 parte de nuestro propio ordenamiento (art. 1.5 del CC desde 1975)».

Esta posibilidad había sido reclamada por la doctrina. Al respecto, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, I, Ed. La Ley, Madrid, 1988, págs. 262-263.

Por lo dicho, discrepamos de A. MARÍN LÓPEZ, *La Ley aplicable al convenio arbitral*, en «RCEA», 1988-89, en el sentido de que «la Ley (la vigente de arbitraje) excluye, en principio, los arbitrajes entre instituciones de Derecho Público y los que se dan en el plano internacional entre personas físicas o jurídicas y Estados», pág. 192. A. M.^a LORCA NAVARRETE, *El arbitraje entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited*, en «Rev. Vasc. Der. Proc. y Arb.», 2-1990, págs. 361 y ss.

la anterior afirmación, es necesario señalar, sin embargo, que no podrán ser objeto de arbitraje los denominados actos separables, es decir, los actos preparatorios de la actuación de los entes públicos sometidos a Derecho privado —art. 4.1.a) de la LCE—. En estos casos, al encontrarnos ante materias que no son de libre disposición, el arbitraje quedaría excluido (41).

Ese ha sido, por lo demás, el acuerdo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 30 de junio de 1995 (asunto 310/95) admitiendo el encargo arbitral de la controversia surgida sobre incremento de precios de un contrato de obras adjudicado por la empresa pública GISA (Gestió de Infraestructures, Sociedad Anónima), al considerarse que nos encontramos en estos casos ante una sociedad privada de carácter mercantil que se rige en ese aspecto concreto por el Derecho privado a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 4/85, del Estatuto de la empresa pública catalana; artículo 4.3 de la Ley 10/82, de Finanzas Públicas de Cataluña, y la Disposición Adicional 16.ª de la Ley 3/92, de Presupuestos para 1993 (42).

V. EXAMEN DEL ARTÍCULO 107.2 LRJPAC: LAS NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Planteamiento*

El artículo 107.2 LRJPAC afirma textualmente: «Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicos no sometidos 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.» Concluye el artículo diciendo: «La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración local no podrá su-

(41) Así, no podría someterse a arbitraje la preparación y adjudicación de un contrato realizado por una empresa pública, la selección de personal laboral de un ente público, etcétera. Al respecto, y sobre una problemática específica, ver M. J. MONTORO, *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo*, en esta REVISTA, núm. 110, 1986, págs. 295 y ss.,.

En estos casos los principios constitucionales de imparcialidad, publicidad, libre concurrencia, objetividad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 9.1 y 3, 103, 106.1 y 2 CE) vedarían cualquier forma de sumisión al arbitraje.

(42) Al respecto, véase el comentario a esa decisión de J. C. MARESCA CABOT en la «Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona», núm. 7, 1995, págs. 107 y ss.

poner el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por Ley.»

A pesar de que en el curso de los trabajos parlamentarios de la Ley 30/92 ese precepto pasó sin excesiva pena ni gloria (43), lo cierto es que puede servir para introducir, de forma cautelosa y prudente pero definitiva, el arbitraje como medio de resolución de conflictos en el ámbito administrativo.

Con el fin de examinar los principales problemas que se plantean a la luz de dicho artículo analizaremos los siguientes aspectos: existencia o no de regulación por Ley del Arbitraje en el Derecho administrativo; ámbito de aplicación del arbitraje; el procedimiento arbitral y, por último, haremos una especial referencia al arbitraje en el ámbito de la Administración local.

2. *La reserva legal para la regulación del arbitraje.* *¿Ley estatal o autonómica?*

a) *Reserva legal.*

Destaca como primera cuestión que, según dice el artículo 107.2 LRJPAC, sólo «las leyes podrán sustituir el recurso ordinario...». De la formulación legal se desprende, por un lado, que la Ley 30/92 se li-

(43) El anteproyecto de la entonces denominada Ley Básica de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, de 5 de diciembre de 1991, en su artículo 105.3 decía: «Las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito de competencias, podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas. La aplicación de estos procedimientos al ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.»

Aunque el Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto no había hecho ninguna mención a dicho párrafo, el texto del Proyecto de Ley («BOCG», Serie A, núm. 82.1, de 4 de marzo de 1992) era ligeramente distinto pues decía (art. 105.3): «Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas. La aplicación de estos procedimientos al ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.»

La enmienda estaba motivada por conseguir «una mejor técnica» y fue presentada el 7 de mayo de 1992 («BOCG» de 7 de mayo de 1992, Serie A, núm. 82-6). La misma fue incorporada al informe de la ponencia y aprobada por la Comisión («BOCG» de 12 de junio de 1992, Serie A, núm. 82-8). En los posteriores trámites parlamentarios únicamente fue objeto de reordenación, pasando ese texto a ser primero el apartado 2 del artículo 106 y finalmente el artículo 107.2. Al respecto, ver la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Trabajos Parlamentarios*, edición preparada por F. SAINZ MORENO, Ed. Cortes Generales, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Serie I, núm. 25, Madrid, 1993.

mita a habilitar al legislador (estatal o autonómico, ya veremos) para sustituir sectorialmente el recurso ordinario por el sistema de arbitraje. Por tanto, ese precepto carece *per se* de aplicabilidad directa ya que necesita una norma de desarrollo.

Por otra parte, la sustitución, a nuestro juicio, sólo podrá preverla una Ley en sentido formal, es decir, aprobada por el Parlamento, con lo que descartaríamos la regulación *ex novo* de la materia por vía reglamentaria. Así nos lo indica tanto la propia redacción del precepto, que utiliza el término leyes y no disposiciones o normas, y además lo hace en mayúscula, como la propia materia objeto de regulación, que constituye un «equivalente jurisdiccional» (STC 62/91, de 22 de marzo, Ley gallega de Defensa de los Consumidores), afecta al régimen de recursos (pues sustituirá al recurso ordinario pero también, como veremos, al contencioso-administrativo) y, por tanto, tiene una clara incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (44). Esa realidad no excluye, obviamente, la remisión al reglamento.

b) *¿Ley estatal o leyes autonómicas?*

Aclarada la necesidad de una ley que desarrolle las previsiones del artículo 107.2 de la LRJPAC, es necesario concretar si esa ley ha de tener carácter estatal o bien cada Comunidad Autónoma puede realizar su específica regulación de la materia.

El punto de partida de nuestro estudio lo constituye la declaración efectuada por STC 15/89, de 26 de enero (Recurso de Inconstitucionalidad sobre la Ley General de Defensa del Consumidor y del Usuario), en donde se declara que «el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado». Esta afirmación se ve ratificada por la STC 62/91, de 22 marzo (Ley gallega de Defensa de los Consumidores y Usuarios), al declarar inconstitucional la creación por la Comunidad Autónoma de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho proceso heterocompositivo..., temas reservados al Estado en virtud de los artículos 149.1.5 CE (Administración de Justicia) y 149.1.6 CE (legislación procesal) (45). Aunque

(44) Al respecto ver, por todos, BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, especialmente págs. 75 y ss.; M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno*, núm. 125 de esta REVISTA, 1991, págs. 7 a 174, en especial págs. 13 y ss.

(45) Así, declara inconstitucional el artículo 31 de la Ley gallega 12/84, por establecer un sistema general de arbitraje. En ella se dice:

esas leyes, como hemos dicho, no establecen en puridad un sistema de arbitraje de Derecho administrativo sino que, más bien, recogen lo que hemos denominado actividad administrativa arbitral, lo cierto es que constituyen un punto de partida innegable.

De ese modo, y al contemplarse el arbitraje como algo más que un medio sustitutivo del recurso ordinario, se está ya incidiendo claramente en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18) (46). Pero es que, además, el propio contenido de la norma caerá de lleno en ese y otros títulos competenciales reservados al Estado (procedimiento administrativo común, art. 149.1.18;

«5. Finalmente, el representante del Gobierno impugna en el recurso de inconstitucionalidad el párrafo segundo del artículo 31 de la Ley gallega 12/1984 por el que se atribuye a la Comisión Consultiva de Consumo la realización de funciones de arbitraje, "teniendo sus decisiones un carácter vinculante para las partes cuando así lo aceptasen por compromiso expreso", por tratarse de una regulación de naturaleza jurídico-procesal que fue regulada por el legislador estatal en el artículo 31.1 de la Ley 26/1984; y en el conflicto positivo de competencia impugna el artículo 6.º del Decreto 37/1985, que desarrolla el anterior precepto legislativo, así como, por conexión, los incisos "además de las funciones de arbitraje que tienen encomendadas", del artículo 7.º; y "en atención a las funciones de arbitraje que realmente desempeñan", del párrafo segundo del artículo 8.1.º Para el representante de la Junta de Galicia, por contra, dicha función de arbitraje se integra en la actividad administrativa y, por consiguiente, corresponde su regulación a Galicia en base al título competencial del artículo 27.5 EAG.

Sin embargo, no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, FJ 9.b), es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del artículo 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un "equivalente jurisdiccional", mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del artículo 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que tanto el segundo párrafo del artículo 31 de la Ley gallega como el artículo 6.º del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal. Por conexión con los anteriores, devienen igualmente inconstitucionales el inciso impugnado del artículo 7.º y la totalidad del párrafo segundo del artículo 8.1 del mismo Decreto.»

(46) La jurisprudencia constitucional al interpretar el artículo 149.1.18 va en la línea de garantizar un tratamiento común de los administrados ante las Administraciones Públicas (STC 17/91, de 31 de enero, entre otras muchas). Al respecto, ver J. M. CASTELLS ARTECHE, *Cuestiones finiseculares de las Administraciones Públicas*, IVAP, 1991; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1985; S. MUÑOZ MACHADO, *Los principios constitucionales de unidad y autonomía y el problema de la nueva planta de las Administraciones Públicas*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. III, págs. 1839-1873; E. AJA, J. TORNOS, T. FONT, J. L. PERULLES y E. ALBERTI, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

Administración de Justicia, art. 149.1.5, etc.). Ello es así porque deberán regularse cuestiones como el procedimiento arbitral, medidas cautelares, contenido y efectos del laudo arbitral, motivos de impugnación del mismo, ejecución judicial de las decisiones arbitrales, etcétera, pues no olvidemos que el Tribunal Constitucional en la sentencia citada establece que el arbitraje es «un equivalente jurisdiccional» (STC 62/91, de 22 de marzo, FJ 5), pues el laudo arbitral únicamente podrá ser recurrido ante la jurisdicción por causas tasadas y específicas. Por tanto, no sólo constituye un medio sustitutorio del recurso ordinario.

Sin embargo, una vez dictada una norma general, nada impedirá que las Comunidades Autónomas, en materias sectoriales de su propia competencia (urbanismo, montes, ayudas sociales, subvenciones, etcétera), sometan ciertas cuestiones a arbitraje.

Por tanto, se hace necesaria la regulación del procedimiento arbitral general por parte del Estado. A partir de ahí, las Comunidades Autónomas podrán regular los elementos que sobre el tema crean necesarios según la competencia material que ejerciten (en este sentido, STC 61/97, de 20 de marzo, Ley del Suelo, FJ 6 a 13).

3. *Ambito de aplicación del arbitraje*

Distinguiremos respecto al ámbito de aplicación del arbitraje entre el aspecto formal y el material.

a) *Ambito de aplicación formal.*

¿Carácter sustitutivo o alternativo del recurso ordinario?

Diversos problemas desde este punto de vista plantea el arbitraje. ¿Tiene carácter sustitutivo o alternativo del recurso ordinario? ¿Cabe prever el arbitraje para los actos que agoten la vía administrativa y contra los que no cabe recurso en vía administrativa, salvo el extraordinario de revisión?

Respecto a la primera cuestión, entendemos que el arbitraje ha de tener necesariamente carácter alternativo u optativo y, consiguientemente, no debe suponer la exclusión del recurso administrativo ordinario (47). Por tanto, se debe ofrecer al ciudadano la posibi-

(47) Matizando las afirmaciones del texto se manifiesta M. SÁNCHEZ MORÓN, en J. LEGUINA VILLA-M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 346 y 347.

lidad bien de optar por el arbitraje de Derecho administrativo, bien por la vía de interponer el recurso ordinario y el posterior recurso contencioso-administrativo.

Otra opción (suprimir el recurso ordinario y establecer sustitutoriamente el procedimiento arbitral) vulneraría, a nuestro juicio y como hemos ya señalado, la necesaria voluntariedad con que debe acogerse la institución arbitral (48) y, posiblemente, el artículo 24.1 CE, pues el laudo arbitral únicamente podrá ser recurrido ante la jurisdicción contenciosa por motivos formales tasados y específicos.

En relación a la segunda cuestión, una apresurada y superficial lectura nos conduciría a afirmar que el arbitraje se circunscribe a aquellos supuestos susceptibles de recurso ordinario. De ese modo, si ese recuso sólo puede interponerse contra las resoluciones que no ponen fin a la vía administrativa (art. 107.1 LRJPAC), podría concluirse que el procedimiento arbitral no resulta aplicable a los actos o convenios que ponen fin a la vía administrativa (art. 109 y disposición adicional octava de la LRJPAC), con la consecuente exclusión de destacados sectores de la actividad administrativa.

Sin embargo, el espíritu de la Ley reside precisamente en fomentar que los ciudadanos se acojan voluntariamente bien al sistema tradicional de recursos, bien al arbitraje, siempre teniendo en cuenta que este último sistema sustituye también de forma parcial al contencioso-administrativo (49). De lo que se trata es de conseguir una reducción de la litigiosidad y, en definitiva, que el sistema funcione. Además de lo afirmado, tres argumentos casi incontestables sirven de acomodo para sostener esa afirmación. El primero, esgrimido por SÁNCHEZ MORÓN, está basado en el artículo 109.c) de la LRJPAC, que prevé que no pondrán fin a la vía administrativa las resoluciones de los órganos que carezcan de superior jerárquico «cuando una ley establezca lo contrario». Por tanto, si la Ley que regule el procedimiento lo prevé, ese acto o convenio no pondrá fin a la vía administrativa hasta que sea dictado el laudo arbitral.

Por otro lado, el artículo 107.2 LRJPAC declara la aplicación del procedimiento arbitral al ámbito local. Si, como sabemos, la mayoría de actos, convenios o contratos de la Administración local son realizados por órganos que no tienen superior jerárquico (Alcalde, Pleno, Comisiones de Gobierno), ¿cómo podría interpretarse esa previsión si no es en el sentido apuntado?

(48) Al respecto, ver apartado II del presente trabajo. Como allá decíamos, un arbitraje sustitutorio o forzoso no es arbitraje. Por tanto, a pesar de su denominación, nos encontraríamos ante otra forma pero no ante el arbitraje. En base a esta nota. A. NIETO, *El arbitraje en el Derecho administrativo*, en las Jornadas de Barcelona (julio 1994, cit.), considera que la Ley 30/92 no contempla un supuesto de arbitraje.

(49) J. C. MARESCA, *El arbitraje...*, op. cit., pág. 71.

Por último, algunas leyes autonómicas de procedimiento prevén potestativamente para esas decisiones el recurso de reposición, circunstancia que nos indica la posibilidad que prevean también el arbitraje.

En definitiva, los actos, convenios o contratos llevados a cabo por órganos carentes de superior jerárquico podrán ser sometidos a arbitraje cuando de forma alternativa y voluntaria una ley sectorial así lo prevea.

b) *Ambito de aplicación material.*

¿Sobre qué materias, cuestiones o controversias puede versar el arbitraje en Derecho administrativo? El legislador únicamente ha afirmado que debe tratarse de «supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique».

De esas parcas previsiones, interpretadas a la luz del artículo 88 de la LRJPAC (terminación convencional del procedimiento administrativo), se puede deducir que habrá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje. En principio, el hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje será el de los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración. Sin embargo, no podrá nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales (sean actos, reglamentos o planeamiento urbanístico) en sus aspectos también reglados (órgano competente, procedimiento, estándares urbanísticos, etc.). Como hemos ya señalado, una de las notas esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas deben ser «materias de libre disposición», circunstancia que no concurre en los supuestos señalados (50).

(50) Al respecto, véase F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación...*, op. cit., págs. 107 y ss.

De ese modo, como dice F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación...*, op. cit., pág. 208, nota 328, la Ley italiana no permite convenir sobre la actividad por objeto la aprobación de reglamentos, actos administrativos generales, planes y programas, ni a los procedimientos tributarios (arts. 11 y 13 Ley 241/1990).

Y es también la perspectiva que adopta la Ley federal norteamericana denominada *Administrative Dispute Resolution Act*, de 1990, al señalar que las agencias descartarán el empleo de medios consensuales de resolución de los expedientes administrativos cuando:

- se requiera del mismo una resolución con valor de precedente que no lo pueda proporcionar el convenio;
- el asunto afecte a cuestiones trascendentales de política del Estado y con ello no se logre desarrollar un programa gubernamental;
- resulte prioritario el mantenimiento de criterios establecidos y éstos no deban ser alterados por decisiones singulares;

En definitiva, según nuestra opinión, tanto la Ley general que regule, en el futuro, el procedimiento arbitral como las leyes sectoriales deberían prever el arbitraje, inicialmente, para las actividades básicamente convencionales (51), exceptuando de ellas sus aspectos reglados. Ello no quiere decir que, posteriormente, no puedan incorporarse otros supuestos, pero, como dijo el poeta, se hace camino al andar y, por tanto, es preferible iniciar este nuevo reto del Derecho administrativo por las materias que son pacíficamente arbitrales. Entre ellas y sin ánimo de ser exhaustivos, podríamos incluir:

a) *Contratos administrativos típicos*: Obras públicas, servicios y suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los celebrados con personas físicas para la realización de trabajos no habituales, artículo 5.2.a) LCAP (52).

Al respecto, el artículo 61.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, establece que el sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas. Con esa regulación el legislador ha desperdiciado la ocasión de hacer efectivas las previsiones de la Ley 30/92. La Ley de Contratos era, precisamente, el marco idóneo para haber concretado las materias contractuales susceptibles de arbitraje y, sin embargo, no se ha avanzado con respecto a la regulación anterior (53).

-
- el asunto afecte significativamente a personas o entidades que no sean parte en el procedimiento;
 - se necesite un expediente público completo del procedimiento y el medio convencional no pueda producirlo, o cuando la agencia deba mantener sus «manos libres» para conducir el asunto a tenor del cambio de circunstancias y ello pudiera ser interferido por compromisos adquiridos.

(51) Sobre la inserción de convenios en el procedimiento, ver A. MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos Administrativos, finalización y ejecución», en la obra citada dirigida por J. LEGUINA y M. SÁNCHEZ MORÓN, págs. 262 y ss.

(52) La distinción entre ese tipo de contratos puede verse en S. MARTÍN-RETORTILLO, *La institución contractual en el Derecho administrativo. En torno al problema de la igualdad entre las partes*, núm. 29 de esta REVISTA, 1959, págs. 60 y ss.

(53) Sobre el tema, F. SAINZ MORENO, «Los temas objeto de debate en la nueva Ley», en AA.VV., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 89 y ss.; F. SOSA WAGNER y otros, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. CEDECS, Barcelona, 1995, págs. 79 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho español*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 209 y ss.; Alberto RUIZ OJEDA-J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su reglamento de desarrollo parcial*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 261 y ss.; AA.VV., *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas* (F. CASTILLO BLANCO, coord.), Ed. CEMCI, Granada, 1996, págs. 207 y ss.; Martín M.^o RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Ed. Aranzadi, 1996, págs. 276 y ss. Más en general, véase J. María GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

b) *Contratos administrativos atípicos*: Aquellos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley —art. 5.2.b) LCAP—.

c) *Contratos privados de la Administración*: Son los no incluidos anteriormente y que lleva a cabo una Administración. En este sentido, el artículo 5.3 del RCE define como tales los de compraventa de inmuebles y muebles, permuta, arrendamiento, donación y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los típicos del Derecho civil y mercantil en que tampoco se dan las características precisas para considerarlos como administrativos (54).

Ello no obstante, dichos contratos, en cuanto a su preparación y adjudicación, se regirán por las normas de Derecho administrativo y, respecto a los efectos y extinción, se someterán al Derecho civil.

d) *Convenios entre Administraciones Públicas*: Excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP —art. 3.1.c)—, pueden ser de diversos tipos: convenios entre Comunidades Autónomas (art. 145.2 CE), convenios entre la Administración local y el Estado o la Comunidad Autónoma (art. 57 LBRL), y los numerosos convenios que celebran el Estado y las Comunidades Autónomas sobre temas diversos (deporte, viviendas, medio ambiente, consumo, etc.) (55). Por ello, la Ley 30/92 dedica distintos preceptos a regular mínimamente estas figuras contractuales. Dicha norma distingue dos tipos de convenios: los denominados de conferencia sectorial (que resultan de acuerdos formalizados entre los ministros del Gobierno y consejeros autonómicos en el seno de dicho órgano, art. 5.3) y los convenios de colaboración (art. 6.3, a celebrar entre el Gobierno de la Nación y los Gobiernos autonómicos en el ámbito de sus respectivas competencias). La

Entre los destacados en el texto, en último lugar, la legislación sectorial incluye a los contratos forestales regulados por la Legislación de montes con ese carácter, los de transporte de correos, personal, materia, efectos militares u otros bienes o valores del Estado, etcétera. Al respecto, ver J. R. PARADA, *Derecho...*, op. cit., I, págs. 26 y 262.

(54) Al respecto, véase el procedimiento de conciliación previsto en la Directiva 92/13, no incorporado a nuestro ordenamiento por la LCAP. En ese sentido, J. A. MORENO MOLINA, *Contratos...*, op. cit., págs. 209 y ss.

(55) Una relación de esos convenios puede verse en J. M. TRAYTER, *Actividad normativa de la Administración del Estado*, «Revista Autonomías», 1991, 1992, 1993 y 1994. Al respecto, ver F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación...*, op. cit., págs. 113 y ss., a quien hemos seguido básicamente en la descripción de los convenios que, a nuestro juicio, pueden ser objeto de posterior arbitraje.

diferencia entre ambos reside en la forma de negociación del acuerdo pero no en el régimen jurídico, que es común. Por lo que aquí interesa, el artículo 8.3 de la LRJPAC establece la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los litigios que puedan surgir en su interpretación y cumplimiento y, en su caso, del Tribunal Constitucional (56).

En base a dichas previsiones, resultarían arbitrables todos los litigios que se produzcan sobre dichos convenios cuyo conocimiento esté atribuido a la jurisdicción contenciosa, excluyendo aquellos sobre los cuales las Administraciones intervinientes no pueden disponer (así, por ejemplo, competencia del órgano celebrante, competencia constitucional que se ejerce, etc.).

e) *Convenios colectivos en la función pública*: Regulados en la Ley 9/87, de 12 de mayo, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (modificada por la Ley 7/90, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en las condiciones de trabajo de los empleados públicos).

Esa posibilidad de firmar convenios supone legalmente el reconocimiento de otros derechos como la huelga y sindicación y, por tanto, la quiebra parcial del modelo estatutario (57). El proceso negociador se lleva a cabo en las denominadas mesas de negociación y versará, según el artículo 32 de la Ley, sobre incremento y aplicación de retribuciones, diseño de la oferta de empleo público, clasificación de puestos de trabajo, programas de formación y promoción interna, prestaciones y pensiones a clases pasivas, sistemas de ingreso, formación y promoción en la función pública, salud laboral, derechos sindicales y de participación, materias de índole económica, prestación de servicios, sindical, asistencial y, en general, que afecten a las condiciones de trabajo y relaciones de los funcionarios y sus sindicatos con la Administración, o que afecten al acceso y carrera funcional, retribuciones y seguridad social (58).

(56) Al respecto, ENOCH ALBERTI, «Relaciones entre las Administraciones Públicas», en el libro dirigido por J. LEGUINA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley...*, op. cit., págs. 67, señala que los litigios sobre constitucionalidad corresponden al TC y los de mera legalidad se atribuyen a la jurisdicción contenciosa. A nuestro juicio, sin embargo, el ámbito de la jurisdicción contenciosa se extiende sobre cualquier cuestión, sea de legalidad o de constitucionalidad, pues los Tribunales deben aplicar las reglas constitucionales (arts. 5 LOPJ, 62.1 LRJPAC) con plena naturalidad. Otra opción vedaría que un tercero afectado por el convenio impugne el mismo.

(57) Al respecto, ver L. ORTEGA ALVAREZ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, págs. 22 y ss. Estos convenios han sido excluidos de la Ley de Contratos —art. 3.1 a)—.

(58) Pueden ser objeto de negociación y por tanto de posterior arbitraje en caso de

Todos esos aspectos podrán ser sometidos, en caso de discrepancia, a arbitraje (59).

f) *Convenios urbanísticos*: Dentro de este epígrafe podemos distinguir entre los convenios urbanísticos en general y el denominado urbanismo concertado. Los primeros, según indica T. R. FERNÁNDEZ, son acuerdos suscritos entre la Administración y los particulares afectados por una determinada actuación urbanística (art. 303 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, RD Leg. 1/92, de 26 de junio) y pueden versar bien sobre cuestiones relativas al contenido del plan (determinación zonas verdes o edificables, usos, etc.) (60), bien sobre la ejecución del mismo. Así, en el segundo tipo se incluyen, entre otros, aquellos contratos regulados legalmente (arts. 177 y ss. TRRL) por los cuales la Administración urbanística, en lugar de planear y ejecutar por sí misma los denominados Programas de Actuación Urbanística (PAU) para la ordenación y urbanización de los terrenos clasificados como suelo urbanizable no programado en el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU), se abre a la iniciativa privada mediante la convocatoria de un concurso público, que ha de garantizar la igualdad de oportunidades, la concurrencia, la imparcialidad y el acierto en la selección de las ofertas por la Administración.

g) *Convenios expropiatorios*: Entre los sistemas para fijar el justiprecio de un bien expropiado se prevé la posibilidad del mutuo acuerdo (arts. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa y 25 de su Reglamento) (61),

discrepancia, según el artículo 34 de la Ley, «las decisiones que afecten a potestades de organización de las Administraciones —aunque si afectaran a las condiciones de trabajo deberán ser consultadas con los sindicatos—, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos».

(59) Al respecto, ver C. CARRERA ORTIZ, *Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España*, «REDT», núm. 38, 1989, pág. 277; N. GARRIDO CUENCA, *Una aproximación jurisprudencial al problema de los límites materiales de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública de las corporaciones locales*, «REALA», núms. 255-256, 1992, pág. 919.

(60) Evidentemente, el convenio no podrá afectar a los elementos reglados del Plan (procedimiento de elaboración, estándares urbanísticos mínimos, publicación del Plan, órganos competentes para su elaboración y aprobación definitiva, etc.). Sobre el tema, ver T. R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 10.^a ed., Ed. Abella, Madrid, 1994, pág. 172. De forma más exhaustiva que en el texto, J. M. TRAYTER, *El control del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 281 y ss.

(61) El artículo 24 LEF dice:

«La Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo, se seguirá el procedimiento que se establece en los artículos siguientes, sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de su tramitación puedan ambas partes llegar a dicho mutuo acuerdo.»

también denominado con el nombre de convenio expropiatorio. El mismo constituye, según GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ (62), un contrato de fijación de adhesión a la expropiación pues por el convenio se concreta el alcance de la obligación preexistente de soportar el ejercicio de la potestad expropiatoria, limitándose a la mera conformidad sobre el precio, eliminando la incertidumbre acerca de su extensión y régimen. De ahí se deduce, entre otras cuestiones, que el régimen legal aplicable es el específico del procedimiento expropiatorio y no las normas de la contratación administrativa; la perfección del mismo se realiza en el momento de la suscripción del acta de avenencia y se le aplica el derecho de reversión. Una consecuencia importante, a los efectos que aquí interesan, es que cualquier litigio sobre dichos convenios está sometido al conocimiento de la jurisdicción contenciosa (63) y, por tanto, nada impide que, en un futuro, puedan ser resueltos mediante el sistema del arbitraje de Derecho administrativo.

Una modalidad de convenio expropiatorio es el relativo a la materia urbanística, en la que el justiprecio se satisface en forma de cesión de otros terrenos, reconocimiento del volumen de edificabilidad o transferencia de aprovechamientos. En estos casos la Administración expropiante debe respetar en el convenio las determinaciones previstas en el plan urbanístico (64). En consecuencia, cualquier litigio que surja con motivo del cumplimiento de estos pactos podrá ser sometido a arbitraje.

(62) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., II, 4.ª ed., pág. 292.

(63) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., II, 4.ª ed., pág. 292.

En esa línea, STS de 18 de junio de 1990 (Ar. 4709) (construcción de la carretera variante de San Sebastián, desviación de la carretera nacional Madrid-Irún), STS de 23 de junio de 1992 (Ar. 4713) (sobre el mismo tema que la anterior) y STS de 27 de marzo de 1993 (Ar. 1919).

(64) De ese modo y siguiendo a F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación...*, op. cit., pág. 133, la jurisprudencia ha deducido las siguientes reglas:

a) El Ayuntamiento no puede desentenderse de las exigencias urbanísticas que sean necesarias para que sea edificado el volumen reconocido como precio de expropiación, es decir, para que el precio tenga efectividad, debiendo respetar el volumen concedido al revisar el Plan (STS de 18 de julio de 1990 [Ar. 5877]).

b) En caso de imposibilidad de cumplimiento de convenio expropiatorio en forma de volumen edificable, la contraprestación ha de ser sustituida no por el valor del terreno expropiado sino por el equivalente económico de dicho volumen (SSTS de 16 de abril, 18 de junio y 22 de octubre de 1990 [Ar. 3320, 4709 y 7499, respectivamente]).

c) Ante la imposibilidad material de la transferencia de aprovechamiento pactada, la indemnización a señalar por el Tribunal es sustitutiva de un precio convencionalmente fijado, por lo que no procede el pago de premio de afección (Auto TS de 20 de enero de 1989 [Ar. 394]).

h) *El acuerdo indemnizatorio como finalización del procedimiento de determinación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:* Previsto en los artículos 8 y 15 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, el acuerdo indemnizatorio como finalización del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública permite, mediante convenio, determinar el montante a pagar por la Administración Pública en esos supuestos. Obviamente, este convenio únicamente versará sobre la cuantía de la indemnización pero no sobre la concurrencia de los requisitos para que se produzca dicha responsabilidad, que queda al margen de la disposición de las partes (65). Por tanto, las cuestiones litigiosas que deriven de ese acuerdo podrán ser objeto de arbitraje.

i) *La terminación convencional en materia sancionatoria:* Aunque éste es un campo en donde la actividad convencional podría ser utilizada con cierta naturalidad (66), lo cierto es que el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto) ha contemplado esta posibilidad únicamente en dos supuestos, a saber: a) permitiendo que el procedimiento concluya con el reconocimiento de la responsabilidad del infractor (art. 81 RPS), y b) en los casos en que, además de la sanción, las conductas ilícitas hayan provocado daños o perjuicios a la Administración Pública, la determinación de los mismos podría realizarse mediante un procedimiento complementario susceptible de terminación convencional (art. 22.2 RPS). Ambas situaciones serán susceptibles de arbitraje (67).

j) *Concesión de ayudas y subvenciones públicas:* El Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas (RD 2225/93, de 17 de diciembre, de aplicación a las ayudas y subvenciones gestionadas por la Administración General del Estado y su Administración Institucional) prevé, si las normas concretas reguladoras

(65) En ese sentido, J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en el libro ya citado *La nueva Ley de Régimen...*, op. cit., pág. 346.

(66) Como bien indica F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación...*, op. cit., pág. 207, no debe extrañarnos esta posibilidad, pues el Derecho penal (art. 793.3 LECr., LO 7/88, de 28 de diciembre, sobre procedimientos abreviados) prevé la denominada «sentencia de conformidad», que supone «en síntesis —dice el citado autor— que la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado, negocien y lleguen a un acuerdo sobre el castigo penal, si bien dentro de ciertos límites y con sometimiento al juez»).

(67) Sería el desarrollo reglamentario de los supuestos previstos en el artículo 130 LRJPAC, donde junto con la sanción se contempla la restauración de la realidad física alterada y la indemnización de daños y perjuicios.

El supuesto más claro en que está pensando la ley es aquel en que, como consecuencia de una conducta ilícita, se causan daños a bienes de dominio público.

de la subvención lo admiten, la terminación convencional «referida a la cuantía de la subvención» (art. 7 del Reglamento), terminación cuyas controversias podrían ser objeto de arbitraje.

k) *Terminación convencional de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.* Al igual que el anterior, el Real Decreto 1778/94, de 5 de agosto, sobre autorizaciones, atribuye a ulteriores normas reguladoras la posibilidad de finalizar el expediente autorizador mediante terminación convencional (art. 7.1).

l) *Otras materias susceptibles de arbitraje:* Sin ánimos de ser exhaustivos, a nuestro juicio, podrían ser objeto de arbitraje cuestiones tan distintas como los conciertos educativos y sanitarios, las reclamaciones y convenios tributarios (68), así como ciertos acuerdos incluidos en el artículo 3 de la LCAP, las concesiones administrativas, etc. (69).

4. *El procedimiento arbitral*

a) *Cuestiones generales.*

Como hemos dicho, las reducidas previsiones que sobre procedimiento arbitral recoge la LRJPAC deberán ser desarrolladas en una Ley estatal sobre el arbitraje en el Derecho administrativo. La misma, que podrá ser completada por leyes (estatales o autonómicas) sectoriales, e incluso supletoriamente por la vigente Ley de Arbitraje 36/88, de 5 de diciembre (70), habrá de respetar «los principios, ga-

(68) Al respecto, el problema que podría surgir es que la materia tributaria queda excluida del ámbito de aplicación de la Ley 30/92 (disposición adicional 5.ª). Sin embargo, a nuestro juicio, esa previsión no sería obstáculo para que una ley sectorial previese el arbitraje en este ámbito.

(69) Así, por ejemplo, la Ley 40/94, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, crea una Administración independiente denominada Comisión del Sistema Eléctrico Nacional a la cual, entre sus funciones (art. 8, décima), se le encomienda la de actuar como órgano arbitral entre los sujetos que reclamen las actividades previstas en el SEN, y entre ellas las relativas al acceso a las redes de transporte y distribución.

(70) Sobre el procedimiento administrativo y sus principios, ver L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 357; T. R. FERNÁNDEZ, «Los principios constitucionales del procedimiento administrativo», en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid, 1988, págs. 102 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, op. cit., págs. 430 y ss.; F. LÓPEZ MENUENDO, *Los principios generales del procedimiento administrativo*, núm. 129 de esta REVISTA, 1992, págs. 19 y ss.; J. R. PARADA, *Derecho Administrativo I*, op. cit., págs. 230 y ss.; E. MALARET I GARCÍA, «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», en J. TORNOS (dir.) *Administración Pública y procedimiento administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 302 y ss.

rantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo».

En ese sentido, los principios del procedimiento a que está haciendo referencia son los de oficialidad (art. 74 LRJPC), celeridad (arts. 74.1 y 75 LRJPC), contradicción (art. 84.2 LRJPC), prueba y defensa (art. 80 LRJPC), que inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previos al laudo arbitral. (En parecidos términos se pronuncia el art. 21 LA.) Asimismo, dicha Ley de Arbitraje de Derecho administrativo no podrá representar como principio general una merma o limitación ni de los derechos de los ciudadanos reconocidos en el artículo 35 LRJPC ni de los previstos saltuariamente en la legislación procedimental.

b) *Algunos aspectos concretos del procedimiento arbitral.*

Como ya hemos señalado, el procedimiento debe ser un medio voluntario y alternativo del recurso administrativo y posterior recurso contencioso. De ese modo, para que resulte aplicable el arbitraje, debe incluirse en el contrato celebrado entre Administración y ciudadano un convenio arbitral análogo al previsto en los artículos 5 y 6 LA, es decir, una declaración según la cual cualquier cuestión litigiosa surgida o que pueda surgir en esa relación jurídica será sometida a la decisión de los árbitros, comprometiéndose a cumplir su decisión.

Respecto a la tramitación del procedimiento arbitral destacaremos únicamente el carácter antiformalista del mismo (art. 21.2 LA), de manera que son las partes al inicio del arbitraje quienes de acuerdo con los árbitros o el colegio arbitral establecerán el calendario de actuaciones (plazos para la demanda y contestación, proposición y práctica de las pruebas, emisión de laudo arbitral). Es necesario destacar que no debe ser obligatoria la intervención del letrado (art. 21.3 LA), circunstancia que constituye una nueva similitud con el recurso administrativo.

Un tema importante es el de la posible adopción de medidas cautelares en la tramitación del procedimiento arbitral con el fin de asegurar el resultado final, circunstancia que no está expresamente prevista en la actual LA y que sería bueno contemplar en una futura Ley de Arbitraje de Derecho administrativo (71).

Por último, querría destacar diversas cuestiones respecto al laudo

(71) Sin embargo, para la práctica de las pruebas sí está expresamente prevista dicha circunstancia (arts. 27 y 43 LA).

arbitral. En primer término, recordar que el plazo máximo para dictarlo, según la actual LA, es de seis meses (art. 30.1 LA), siendo una de las causas de nulidad del mismo sobrepasar ese plazo (art. 45.3 LA). Aun así, ese plazo es superior al previsto para la resolución del recurso ordinario y, por tanto, podría sostenerse que no se están cumpliendo las previsiones del artículo 107.2 LRJPAC cuando dice que en este tipo de procedimiento deberán respetarse los plazos que la propia LRJPAC reconoce a los ciudadanos en los procedimientos administrativos (en este caso tres meses). Lo que ocurre es que, como tiene declarado el TC (STC 62/91, de 22 de marzo, FJ 5), el arbitraje no se configura únicamente como un medio de sustitución del recurso ordinario sino que también, en cierto modo, sustituye a la jurisdicción contenciosa pues los motivos impugnatorios del laudo arbitral van a ser muy reducidos, limitándose a recoger algunos motivos de forma (así, el convenio arbitral es nulo si el laudo ha sido dictado fuera de plazo, si es contrario al orden público, etc.) (72). Esas previsiones deberían incorporarse a la futura Ley de Arbitraje del Derecho administrativo, que de lo contrario se convertiría al arbitraje en una figura poco menos que inútil.

En segundo lugar, y respecto al alcance de los poderes del árbitro (o el contenido del laudo), creemos que éstos pueden realizar la misma función que los jueces en la jurisdicción contenciosa. Por tanto, en este aspecto no debe existir problema alguno.

Por último, es necesario también apuntar que la ejecución forzosa de los laudos arbitrales deberá realizarse con el auxilio judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa, siguiendo los trámites que allá están previstos para la ejecución de sentencias (73).

(72) El artículo 45 LA dice:

«El laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos:

1. Cuando el convenio arbitral fuese nulo.
2. Cuando el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley.
3. Cuando el laudo se hubiese dictado fuera de plazo.
4. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.
5. Cuando el laudo fuese contrario al orden público.»

(73) En ese sentido, J. TORNOS, *El arbitraje...*, op. cit., págs. 23 y 24.

5. Administración local y arbitraje

La instauración del sistema arbitral respecto a Ayuntamientos y Diputaciones viene marcada por la redacción del artículo 107.2 *in fine*, al establecer que «la aplicación de estos procedimientos (conciliación, mediación, arbitraje y otros) en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley».

La simple lectura del precepto transcrito plantea una serie de problemas un tanto específicos que podrían sistematizarse como sigue.

En primer lugar, existen dudas sobre si es necesario en este ámbito la aprobación de una ley que regule el sistema general del arbitraje en el Derecho administrativo, o bien, como sostiene un sector doctrinal, el artículo 107.2 «ya otorga una habilitación legal específica para la creación de órganos de arbitraje por las corporaciones locales» (74).

De acuerdo con la actual jurisprudencia del TC, a nuestro juicio, y en base a los motivos anteriormente expuestos, es necesario que una Ley del Estado establezca las coordenadas fundamentales sobre las que debe moverse el arbitraje (convenio arbitral, nombramiento y requisitos de los árbitros, procedimiento arbitral, medidas cautelares, reglas del laudo, efectos, causas de impugnación ante los tribunales, ejecución forzosa del mismo, etc.)

Otra cosa es que se esté pensando en medios alternativos al recurso administrativo que propiamente no forman parte del concepto de arbitraje, bien sea por instaurarse con carácter forzoso, bien porque dichos órganos tengan carácter consultivo y no resolutorio (75).

En otro orden de cosas, un segundo requisito que debería cumplirse para instaurar el arbitraje en el mundo local sería la implantación del recurso ordinario, aunque, como hemos también dicho, éste no es un escollo insalvable, sobre todo si tenemos en cuenta la cláu-

(74) J. PERDIGO, «Los principios de jerarquía, desconcentración y descentralización en la Administración local y su incidencia en el nuevo régimen de recursos administrativos», en *Estudios sobre la nueva ley de RJAP y del PAC*, Ayuntamiento Barcelona, 1993; y LLUSET, ROMERO y LÓPEZ PELLICER, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentarios a la Ley 30/92 y su conexión con el Régimen Local*, Abella, 1994, pág. 336.

(75) Como, por ejemplo, el caso del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona. Sobre el tema, ver J. TORNOS MAS, *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*, en «DA», núm. 220, 1992, págs. 214 y ss.; T. FONT I LLOVET, *El Consell Tributari: funciones consultivas en convención y arbitraje en el Derecho tributario* (A. AGULLÓ, coord.), IEF, Madrid, 1996, págs. 298 y ss.

sula incorporada en el artículo 109.d) LRJPAC (ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca) (76).

En tercer lugar, la dicción literal del artículo 107.2 *in fine* (la instauración del arbitraje «no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley») podría parecer que está pensando en un sistema donde el órgano denominado impropriadamente arbitral únicamente emitiese dictámenes o informes no vinculantes, pues de ese modo los órganos representativos electos que tuvieran la competencia para resolver el recurso administrativo (por ejemplo, el Pleno del Ayuntamiento) continuarían ostentando la misma. Sin embargo, a nuestro juicio, esa interpretación es errónea pues nos conduciría al absurdo consistente en negar la posible arbitrabilidad de las materias que afectan a la Administración local, ya que, como hemos dicho, una de las reglas consustanciales al arbitraje es que los árbitros deciden, no proponen. Si el órgano que se cree únicamente tiene facultades consultivas, el precepto analizado, además de carecer de sentido, estaría contemplando una institución distinta al arbitraje. Por ello, y para evitar discriminaciones en relación con otras Administraciones Públicas que sí pueden someterse al arbitraje, creemos que la interpretación correcta y que explica mejor el sentido del precepto es la siguiente: cuando en algún supuesto concreto un Ayuntamiento desee someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir, en lugar de resolverlas mediante la vía tradicional (es decir, recurso administrativo y posterior recurso contencioso), el órgano representativo electo y que tiene atribuida la competencia, bien para celebrar el convenio de que se trate, bien para resolver el recurso ordinario, será también el competente para decidir someterse al arbitraje suscribiendo de forma voluntaria la cláusula arbitral (77).

(76) Otro sistema, empleado por el artículo 10.3 del Reglamento de Procedimiento Sancionador del Estado, es que mediante una disposición administrativa de carácter general se desconcentre la titularidad y el ejercicio de una competencia en órganos jerárquicamente dependientes de aquellos que la tengan atribuida.

(77) En este sentido, y para los servicios públicos locales, el artículo 156 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los Entes locales en Cataluña (Decreto 179/95, de 13 de junio) establece que los Entes locales procurarán que las personas, organismos y sociedades que dependan de ellos en la gestión de los servicios públicos se sometan a un sistema de arbitraje para la resolución de las reclamaciones que efectúen los ciudadanos respecto a la prestación de dichos servicios.