

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN DERECHO
ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

*MEDIATION AND ARBITRATION UNDER SPANISH
ADMINISTRATIVE LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 248-271



Carla
ESPLUGUES
BARONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de junio de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El Derecho administrativo se presenta históricamente como un ámbito plagado de obstáculos frente a las ADR. Sin embargo, los cambios sociales y la mutación de las estructuras administrativas llevan a buscar nuevos cauces para la resolución de los conflictos con la Administración. En un momento de creciente fascinación por la mediación, la mediación administrativa surge con fuerza en la Justicia administrativa, pese a la particular desigualdad entre las partes en conflicto. Más difícil parece la incorporación del arbitraje como mecanismo para la resolución de los conflictos administrativos.

PALABRAS CLAVE: Justicia administrativa; Derecho administrativo; ADR; mediación; arbitraje.

ABSTRACT: Administrative law remains a legal area riddle with obstacles to the ADR. However, social changes and the mutation of administrative structures requires the search of new ways to solve administrative disputes. At a time of a growing role played by mediation, despite the inequality between the parties, administrative mediation appears as a potential way to settle disputes with the Administration. More difficult seems the incorporation of arbitration as a way of solving administrative disputes.

KEY WORDS: Administrative Justice; Administrative Law; ADR; mediation; arbitration.

SUMARIO.- I. LA PROBLEMÁTICA INCORPORACIÓN DE LAS ADR AL DERECHO ADMINISTRATIVO.- 1. Características de las ADR.- A) La mediación como cauce autocompositivo.- B) El arbitraje como cauce heterocomponedor.- 2. Especialidades del control de la actuación administrativa.- 3. Incorporación de las soluciones negociales al Derecho administrativo.- II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA.- 1. ¿Por qué la mediación administrativa?.- 2. Clases de mediación en materia de Derecho administrativo.- A) Mediación administrativa.- B) Mediación “intrajudicial” contencioso-administrativa.- III. EL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO.- 1. Constitucionalidad de la admisión del recurso al arbitraje en Derecho administrativo.- 2. Distintas manifestaciones del arbitraje en Derecho administrativo.- A) Figuras afines.- B) Contratación administrativa: intento de arbitraje en Derecho administrativo.- IV. CONCLUSIONES.

I. LA PROBLEMÁTICA INCORPORACIÓN DE LAS ADR AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los cauces alternativos no judiciales ni jurisdiccionales de resolución de conflictos -las denominadas *Alternative Dispute Resolution* o ADR-, constituyen a día de hoy una realidad de Justicia que ya nadie discute. Si bien son propios de la resolución de conflictos de Derecho privado, se han convertido en piezas esenciales del actual modelo de Justicia¹.

En Europa la incorporación y asentamiento de las ADR ha sido notablemente más lento que en Estados Unidos o en otros países como Canadá o Australia. Y, en todo caso, esa incorporación ha venido en gran medida impulsada desde movimientos interregionales e internacionales. Es más, su incorporación no ha sido general y a todos los ámbitos y conflictos, sino que ha ido adquiriendo cierto protagonismo de forma discontinua y sectorial.

A día de hoy, existe una gran profusión de normas que incorporan y regulan estos cauces en la solución de determinados conflictos sectoriales, pero que, sobre todo, han permitido favorecer y rediseñar un modelo mediador que supone una ruptura del viejo modelo conciliatorio, que se asumía como escalón previo al desarrollo del proceso judicial, sin demasiadas expectativas de efectividad. Nos hallamos ante un momento de fascinación por la mediación; una fascinación no solo normativa, sino

1 BARONA VILAR, S.: “Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma”, en BARONA VILAR, S.: (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 54, refiere a este nuevo modelo de Justicia como un “cambio de paradigma” o de “Justicia integral”.

• Carla Esplugues Barona

Doctora en Derecho por la Universitat de València, Licenciada en Derecho y Administración de Empresa por la citada Universidad. Master en Droit Public des Affaires, Université Panthéon-Sorbonne (París I), Abogada.

que ha implicado la emergencia de una suerte de profesión nueva en torno a aquel que desempeña esas tareas de mediación, el mediador:

Ese momento de auge de las ADR (u *Online Dispute Resolution* (ODR), si se lleva a cabo por medios telemáticos) no ha encontrado, sin embargo, acomodo en el Derecho administrativo, que se presenta como un ámbito jurídico repleto de obstáculos frente a estos cauces no solo por la naturaleza indisponible de las materias administrativas y la especial posición de la Administración frente a los ciudadanos, sino también por la tradicional negación de cualquier posibilidad de someter la actuación administrativa al control de un tercero distinto a un juez.

Pese a ello, la situación actual ha superado con mucho esos argumentos iniciales, muy probablemente porque como sucede en los demás ámbitos del Derecho, no existe una solución única que permita afirmar que todos los conflictos posibles de esa rama del ordenamiento jurídico pueden o no ser resueltos a través de las ADR-ODR. Resulta necesario verificar la tipología de conflicto, de los sujetos en conflicto, de las consecuencias jurídicas derivadas de la solución del mismo de forma consensuada y de los requisitos necesarios para poder formular efectivamente un acuerdo entre las partes. Todo ello será imprescindible para valorar si lo más adecuado es tratar de alcanzar un pacto o un acuerdo a través de métodos como la negociación, la conciliación, la mediación, o si es posible acudir a un arbitraje – porque la ley lo permite- o si necesariamente se trata de una materia que solo y exclusivamente puede resolverse a través de los tribunales de Justicia.

I. Características de las ADR

Debemos diferenciar entre cauces autocompositivos –negociación, conciliación y mediación-, y cauces heterocompositivos –arbitraje-.

Los cauces autocompositivos se caracterizan porque es posible resolver las disputas entre quienes se encuentran en conflicto con o sin intervención de tercero, mientras que en los heterocompositivos es un tercero quien resuelve imponiendo la decisión a quienes acuden al mismo.

De entre todos, vamos a realizar una breve caracterización de la mediación y el arbitraje, para destacar sus rasgos característicos, que deberemos tomar en consideración a efectos de plantear su aplicabilidad al ámbito administrativo.

A) La mediación como cauce autocompositivo

Históricamente el cauce autocompositivo por excelencia ha sido la conciliación, que ha encontrado acomodo tanto en la legislación española como en la mayoría de los sistemas jurídicos procesales.

Sin embargo, a día de hoy la mediación constituye la primera vía a la que acudir, antes de intentar cualquier otra vía de solución o gestión de conflictos, fruto del especial impulso recibido tanto en el ámbito nacional como internacional.

La diferencia principal entre conciliación y mediación reside en que el conciliador no va a desarrollar una tarea de aproximación a los sujetos en conflicto, no va a trabajar conjuntamente con las partes para conseguir el acuerdo. Esto lleva a que el conciliador en ciertos casos realice propuestas de solución, lo que difiere del mediador, quien no propone –se asume que la propuesta del tercero no es construcción propia, no se asume como tal y por tanto puede generar complicaciones a la hora de cumplir con lo acordado-. El mediador no debe proponer soluciones, salvo que las partes así se lo requieran. El principio esencial de la mediación es que son las partes las constructoras del acuerdo y el mediador es quien aproxima, facilita y favorece la aproximación entre ambas, mediante las técnicas de mediación que suponen la escucha activa, el reconocimiento del otro, la asunción de responsabilidad, etc. Incluso en ciertas escuelas de mediación lo importante no es tanto alcanzar el acuerdo sino el trabajo conjunto.

La mediación se caracteriza por (i) el principio de voluntariedad y de libre disposición para acudir a la mediación o para desistir de una mediación ya iniciada, (ii) el debido respeto al principio de igualdad de trato de sus intervinientes, (iii) la necesaria neutralidad del mediador, que debe mantener una posición equidistante respecto de quienes intervienen en la mediación, trabajando para aproximar a las partes, desde esa visión equidistante, tratando de favorecer la pacificación de las relaciones jurídicas², (iv) la flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias propias del tipo de conflicto y de las personas que intervienen en el mismo, (v) el principio de confidencialidad, no solo exigible a quienes participan en la mediación, sino también a los mediadores, (vi) el necesario cumplimiento de un código de comportamiento por parte de quienes actúan.

Especial relevancia reviste el valor que se asigna al resultado que se alcance al finalizar el procedimiento de mediación. Existe interés en que el acuerdo pase de un mero acuerdo de voluntades con valor de contrato privado, y que el valor jurídico del acuerdo pueda servir como elemento de impulso a participar en la mediación, y no como elemento de desinterés por la institución. La aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, respondió a esa inquietud, impulsada desde el seno comunitario europeo, y de ese modo la solución que en este ámbito se ofrece queda en manos de las partes, quienes pueden otorgarle un mero valor de acuerdo privado, o bien pueden favorecer su conversión en título

2 Como señala BARONA VILAR, S.: "Qué y por qué la mediación", en ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E. (coords.). *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 45, el papel del tercero mediador es esencial, de ahí la exigencia de capacitación para el ejercicio de su función; capacitación que le permitirá adquirir "destrezas suficientes como para que sea el visible invisible".

ejecutivo, ya mediante la incorporación del acuerdo en el proceso, o bien elevando a escritura pública notarial el acuerdo adoptado en mediación, dándole valor de título ejecutivo sin necesidad de acudir a la vía judicial.

B) El arbitraje como cauce heterocomponentador

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos al que se acude por voluntad de las partes en conflicto, en virtud del cual un tercero imparcial, designado por las partes directa o indirectamente –a través de la incorporación por referencia a la que se refiere la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) en el ámbito competencial de las instituciones arbitrales- impone la decisión a éstas. Y esa imposición se efectúa por medio de un laudo que puede fundarse en derecho o en su leal saber y entender:

Frente a los grandes debates doctrinales del siglo XX acerca de la naturaleza del arbitraje, en atención a la consideración de la preferencia del elemento contractualista, procesalista o jurisdiccionalista, y que dieron lugar a teorías que venían nominadas desde ese elemento predominante, se alzó la voz de quienes defendían la teoría mixta.

La tesis mixta supone afirmar que el arbitraje está compuesto por elementos de diversa naturaleza, lo que en palabras de BARONA VILAR implica que “*el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica*”³, sin que sea necesario insistir en el predominio de uno u otro elemento conformador del arbitraje, sino en elevar a categoría autónoma al arbitraje⁴, en la que una pluralidad de relaciones jurídicas justifican esta consideración.

De esta institución debemos destacar el principio de autonomía de la voluntad, que no es sino la manifestación del ejercicio de la libertad de éstas de decidir detraer el conocimiento de sus litigios de los tribunales y someterlo a arbitraje. El arbitraje se asienta así sobre el principio de autonomía de la voluntad reflejada en el convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje⁵. Y esa declaración de libertad no es absoluta, como lo muestra la existencia de unos límites –ciertamente mínimos- establecidos legalmente⁶. Conviene señalar además que esta autonomía de la voluntad no es absoluta tampoco en cuanto

3 BARONA VILAR, S.: “Introducción”, en BARONA VILAR, S. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 71.

4 BARONA VILAR, S.: “Introducción”, cit., p. 72.

5 VERDERA SERVER, R.: *El convenio arbitral*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 15.

6 Recuérdese en este sentido el mandato del artículo 24 LA en relación con los principios que deben inspirar la sustanciación del procedimiento: “1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.”

a su objeto, en la medida en que viene limitada, al menos en el arbitraje interno⁷, a aquellas “*controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”, tal como explicita el artículo 2.1 LA.

Partiendo de lo anterior resulta de interés enumerar algunas de las ventajas que permiten priorizar la opción del arbitraje frente a los tribunales ordinarios.

1. *Confidencialidad.* La exigencia de confidencialidad en todas las modalidades de ADR ha sido una constante. Se ofrece con ello un entorno diverso del proceso judicial, que es público tanto en relación con las partes que intervienen como respecto del público en general.

2. *Rapidez.* Una de las características propias del sistema arbitral es su breve duración. El artículo 37.2 de la LA española recoge un plazo *soft* de seis meses, pero las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad pueden pactar otro plazo que crean conveniente, de común acuerdo. Se trata pues, de una norma de naturaleza disponible para las partes.

3. *Especialización.* - La complejidad de las relaciones jurídicas existentes en el momento que vivimos ha provocado en ciertos casos que la resolución de algunos conflictos en sede judicial pase necesariamente por la intervención de un gran número de peritos que, expertos en unas materias, ofrecen sus conocimientos para favorecer las soluciones judiciales.

La institución arbitral ofrece así, un modelo, asentado en los mismos principios y parámetros garantistas que se exigen en sede judicial, pero al mando del cual se encuentran expertos en materias, sectores, especializados, que pueden incorporar una suerte de conocimientos a la hora de fundar la resolución al litigio planteado. Surge la necesidad de aunar los conocimientos y el *expertise* de estos profesionales con el manejo de la técnica arbitral, que debe adquirirse a través de los estudios y la capacitación adecuada⁸. Lógicamente se trata de arbitrajes de equidad. Esta solución no es posible en sede judicial.

4. *Libertad de formas. Flexibilidad.* - Como expuesto, hay un elemento esencial en el sistema arbitral: la libertad de formas. Destaca la mayor participación de las partes a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad en las reglas del procedimiento y la conformación del mismo, así como la elección de los árbitros.

7 La situación en arbitraje internacional sería distinta, a razón del tenor del artículo 9.6 LA que amplía las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje al referir la arbitrabilidad no sólo al “derecho español” sino, también, a su consideración como por tal de acuerdo con “las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia”. Puede verse al respecto, ÉSPUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 421 y ss.

8 La combinación de ambos factores es lo que ha propiciado que en estos últimos tiempos se encuentren por ejemplo ingenieros, economistas, arquitectos, médicos, interesados en el arbitraje y colaborando con las instituciones arbitrales, así como participando como árbitros.

En la LA, como norma *soft* que es, se establecen reglas, y se incorporan una serie de normas al procedimiento arbitral. Pero estas normas son reglas- modelo para el desarrollo del procedimiento, no vinculantes para las partes, las instituciones arbitrales y los árbitros. En su mayoría son normas disponibles aun cuando también incluyen limitaciones que han de ser respetadas en el desarrollo del proceso arbitral. En efecto, el artículo 24 de la Ley explícitamente refiere a la salvaguarda de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, obligando de forma taxativa a tratar a las partes con igualdad y a otorgar a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Esta limitación supone una afectación del principio de autonomía de la voluntad sobre el que se articula el procedimiento de arbitraje con base en el derecho de defensa y del principio de igualdad, siendo obviamente de obligado cumplimiento para las partes, los árbitros y las instituciones.

5. *Economía*. - La economía es otra de las virtudes sobre las que se asienta la figura del arbitraje. Ciertamente, es posible encontrar posiciones que sostienen que el arbitraje es más costoso que la vía judicial. Esta afirmación no es en efecto, correcta. Ahora bien, habría que efectuar un cálculo del coste de un proceso en el que la intervención de abogados de reconocido prestigio, peritos, informes, recursos en sede judicial etc. implicarían una cuantía elevada, y compararlo con el mismo litigio en sede arbitral. La respuesta a esta afirmación es que en la mayoría de los casos el arbitraje es más económico que el proceso, y en todo caso, no debe olvidarse que, en muchos casos, el tiempo es dinero.

2. Especialidades del control de la actuación administrativa

A efectos de poder valorar la viabilidad de recurrir a mediación o arbitraje para solucionar conflictos administrativos, resulta necesario referirnos a cómo puede efectuarse en la actualidad el control de la actuación de la Administración y quién puede efectuarlo, o lo que es lo mismo, cauces y órganos adecuados para control y resolución de conflictos jurídico-administrativos. No debe olvidarse que la búsqueda de técnicas efectivas de control de la Administración ha sido una constante a lo largo de la Historia, bautizada en la década de los sesenta por GARCIA DE ENTERRIA como "*la lucha contra las inmunidades del poder*"⁹.

Y es que el modelo administrativo español, de inequívoco origen francés, se caracteriza por la especial posición de la Administración ante los ciudadanos y ante los tribunales derivada de un régimen exorbitante de potestades con respecto al Derecho común.

9 GARCIA DE ENTERRIA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*", *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

Especial relevancia reviste, en este sentido, el privilegio del que goza la Administración de autotutelarse, esto es, la autotutela administrativa. Si bien fue GARCIA DE ENTERRIA quién acuñó la noción de *autotutela administrativa*, lo cierto es que la misma no es una creación del Derecho administrativo moderno, sino que trae causa del proceso de transformación histórico de las relaciones entre la Administración y la Justicia.

En la actualidad la Administración continúa gozando de una especial posición frente a los tribunales de Justicia. La regla general para la Administración es, por tanto, que, salvo previsión expresa en contrario, ésta crea, modifica o extingue situaciones jurídicas unilateralmente, sin necesidad de auxilio judicial.

No obstante, lo anterior, el mantenimiento de un modelo de autotutela administrativa no encuentra unanimidad doctrinal. Son ya diversas las voces que en la doctrina se vienen pronunciando de forma crítica en torno a la autotutela de la Administración¹⁰. Por un lado, puede argumentarse que la extensión generalizada de la ejecutividad automática de los actos administrativos en manos de la Administración es incompatible con los principios constitucionales de nuestro ordenamiento. Pero debe responderse a esta reflexión con la afirmación de que la ejecutividad de los actos administrativos desprovista de cualquier motivación y utilizable al mero arbitrio de la Administración debe entenderse en la actualidad ya superada¹¹.

El segundo nivel de tutela, el control de los actos administrativos por parte de los tribunales de Justicia. Esa doble vía es lo que ha venido caracterizando a la Justicia Administrativa. La tutela judicial viene en todo caso, impregnada por el propio objeto de tutela, que, en el caso del Derecho administrativo, viene condicionado por la autotutela de la Administración. Esta refuerza la idea de superioridad de la Administración frente al administrado.

En este sentido, originariamente la discrecionalidad administrativa estaba excluida de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que se equiparaba a los actos de autoridad o de imperio¹². La Historia política justifica este modelo inicial. Esa equiparación a los actos de autoridad o imperio negaba que pudiese cuestionarse la actuación administrativa a través de la tutela judicial. Frente a lo acaecido en Francia con la aparición del *excès de pouvoir*, en nuestro país el sometimiento de la discrecionalidad al control de los tribunales fue bastante

10 Un estudio sistemático de la cuestión puede verse en MESTRE DELGADO, J.F.: *El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional*, Valencia, 2010 (ejercicio de cátedra, no publicado).

11 BETANCOR, A.: *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 432-433.

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

más lenta, ya que no fue hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 que se extendió el control judicial a las potestades discrecionales de la Administración. En la actualidad, la Constitución establece en sus artículos 24 y 103.1 que corresponde a los tribunales el pleno control de la actividad administrativa, que, a su vez, está sometida a la ley y al Derecho.

Pero lo cierto es que los límites de ese control de la jurisdicción han dado lugar a importantes debates. Mientras una parte de la doctrina como GARCIA DE ENTERRIA¹³ y MUÑOZ MACHADO¹⁴ se han mostrado partidarios del control judicial de la Administración como parte del control del propio sometimiento a la ley y al Derecho y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes, otros autores como PAREJO ALFONSO¹⁵ se han manifestado a favor de un control de la actuación administrativa de legalidad, pero no de razonabilidad. A nuestro entender lo que propugna el artículo 106 de la CE es que ningún ámbito de la actuación administrativa debe quedar exento de control.

En todo caso, a día de hoy es la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) la que regula este control jurisdiccional. Una ley que ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de sus años de vigencia, fruto de una sociedad en constante evolución¹⁶.

Conviene mencionar que la potestad que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa no es ilimitada, sino que se encuentra acotada dentro de unos límites estrictos. Los órganos jurisdiccionales no pueden actuar como una instancia organizativa jerárquicamente superior a la Administración, sustituyendo las decisiones administrativas por otras de diferente contenido. Esta idea se recoge entre otros, en el artículo 71.2 de la LJCA a cuyo tenor "*los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.*"

El modelo heredado del sistema francés se funda en la idea de que el control de legalidad ejercida por los tribunales contencioso-administrativos debe limitarse a un pronunciamiento meramente declarativo sobre la legalidad del acto administrativo,

13 GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 41.

14 MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general, Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 255.

15 PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 47-21.

16 Destaca en este sentido el *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Comisión General de Codificación de la Sección Especial para la reforma de la LJCA, Ministerio de España, 2013, que evidencia las falencias y las necesidades de cambios en la LJCA

confirmándolo o anulándolo, sin implicar una condena a la Administración imponiéndole la obligación de actuar en un determinado sentido¹⁷.

Aunque de manera contradictoria, la doctrina ha comenzado a plantearse el equilibrio entre el mayor o menor control judicial de la actuación de la Administración, de modo que si, por un lado, GARCIA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ, defendieron el avance del control judicial de la Administración, incluida la posible sustitución de las decisiones administrativas por otras impuestas judicialmente, PAREJO ALFONSO y SÁNCHEZ MORÓN defienden la existencia de zonas de independencia de la Administración irreductibles judicialmente. Por su parte, MUÑOZ MACHADO entiende que no es posible defender que la Constitución limite el control judicial de la actividad administrativa ya que ello supondría aceptar que la Administración no está plenamente sometida a la ley y el Derecho, lo que sería contrario a los artículos 103.1, 24 y 106.1 de la CE¹⁸.

Compartimos esta última interpretación y defendemos que la aplicación del Derecho debe ser homogénea y que la intervención judicial habrá de ser tan extensa como el ordenamiento jurídico permita. Es decir, tal y como se ha expuesto, la Administración está plenamente sometida a la Ley y al Derecho y a su vez, los tribunales se encuentran limitados por las pretensiones de los recurrentes en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 33 de la LJCA. Es por ello, que los tribunales podrán entrar a enjuiciar, pero constreñidos a aquello que el ordenamiento jurídico y las pretensiones de los recurrentes les permitan (congruencia). La gestión de los intereses públicos y el ejercicio de potestades jurisdiccionales tienen ámbitos de actuación diferenciados y no resulta en modo alguno admisibles interferencias entre ellos. Pero ello no puede conllevar exceptuar el control judicial a la Administración fuera de estos límites.

Todos estos condicionantes del control de la actuación de la Administración deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la posible incorporación de cauces alternativos para la resolución de los conflictos administrativos, puesto que no sólo la condicionan, sino que también la limitan. Podemos, por tanto, adelantar que no sería admisible admitir el recurso a estos mecanismos alternativos de manera generalizada, sino que habrá que estar al objeto de controversia para valorar si es o no posible recurrir a las ADR para resolver un determinado recurso.

3. Incorporación de las soluciones negociales al Derecho administrativo

El siglo XXI amanece con enormes transformaciones sociales y nuevas maneras de diseñar las Administraciones, acompañado de un cambio en las relaciones con la Administración y la búsqueda de nuevas formas de afrontar los conflictos

17 SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Principios de Derecho Administrativo General*. II, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 737.

18 MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado*, Tomo III, cit., p. 255.

administrativos. Resulta innegable, por tanto, que la sociedad busca soluciones más ágiles y adaptadas a la realidad social.

Nos hallamos, por tanto, ante un momento histórico caracterizado no sólo por el cambio social llevado a cabo durante el último siglo, sino también por las mutaciones de las propias estructuras administrativas, con la consiguiente variación de las relaciones jurídico-administrativas existentes. Es en este contexto de cambio y de avance que la Administración deja de ser evaluada en términos de mera eficacia formal, su margen de toma de decisiones se ve agrandado y con ello también la opción de decidir el instrumento más adecuado en cada momento. Surgen así, el acuerdo y el consenso como complemento de la legitimación aportada por la norma.

Pero echemos la vista atrás. Fue con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) que se incorporó de manera efectiva la posibilidad de recurrir a otros cauces distintos de los ya existentes para resolver los conflictos con la Administración.

Así, el artículo 88.1 de la LRJPAC establecía la posibilidad de que la Administración celebrase “acuerdos”, “pactos”, “convenios” o “contratos” tanto con personas de Derecho público como privado. El límite se fijó respecto de aquellas “materias no susceptibles de transacción” y que “tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule”. Las negociaciones entre Administración y ciudadanos ya existían, pero la LRJPAC contribuyó a proceduralizar esa contractualización. Dicho precepto ha sido reproducido en el actual artículo 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Por su parte, el artículo 107.2 de la LRJPAC incorporó la previsión de que “las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.” Por tanto, ya en 1992 el legislador quiso incorporar la posibilidad de recurrir a conciliación, mediación y arbitraje, aun cuando conviene destacar que la virtualidad

práctica de este precepto ha resultado escasa hasta la fecha. Y pese a ello, el legislador decidió reproducirlo también en la actual LPAC.

El propio Consejo General del Poder Judicial ha venido planteando la necesidad de favorecer la resolución de los conflictos mediante fórmulas que eviten la formalización o la prolongación innecesaria de un proceso judicial¹⁹.

Se ha venido asociando, por ello, las ADR a la efectividad en el modelo administrativo y a la necesidad de buscar, además de la tutela administrativa o tutela jurisdiccional, nuevas vías que favorezcan la resolución de los conflictos. El recurso a estos mecanismos alternativos ha ido siendo incorporado por el legislador español a la normativa sectorial de distintos ámbitos, como los sectores regulados o el ámbito deportivo, pero nunca como vía alternativa a los tribunales de Justicia sino como alternativa a los recursos administrativos.

II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Debemos partir de la premisa de que las ADR en general y la mediación en particular encuentran un mayor eco en aquellos órdenes de materias que se fundamentan en la disponibilidad de los derechos e intereses que se debaten o que se encuentran en conflicto, ello no es óbice a la incorporación de la mediación en otros ámbitos jurídicos en los que concurren intereses públicos, como ha sucedido precisamente en el despegue y asentamiento de la mediación penal.

Las voces en la doctrina a favor de la implementación de la denominada mediación administrativa y la necesidad de conformar un modelo que responda a las coordenadas propias de las relaciones con la Administración son a día de hoy, ya una realidad.

Pero lo cierto es que no existe un modelo único de mediación, que sirva para cualquier modalidad conflictiva en atención al área de conflicto y a los sujetos implicados (tanto en calidad como en cantidad), sino que lo que caracteriza a esta institución de gestión y solución de conflictos es la heterogeneidad, lo que abre un enorme abanico de posibilidades para su incorporación en el ordenamiento jurídico, como una pieza del sistema.

El estudio de la mediación debe asumir un condicionante de partida: la asimetría intrínsecamente consustancial a la esencia y fines de la mediación. Y en ese contexto asimétrico no puede perderse de vista que en el ámbito del Derecho administrativo hay un condicionante de partida: la situación de desigualdad entre las partes que se encuentran en la relación jurídica y en el conflicto, como consecuencia precisamente

19 Puede verse *Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas del año 2011*.

de la “*prerrogativa administrativa y la relación general y especial de sujeción en la que se encuentran los sujetos privados frente a la Administración*”²⁰; este elemento será el que permitirá diseñar el modelo de mediación administrativa adecuado y respetuoso, en todo caso con el principio de legalidad.

I. ¿Por qué la mediación administrativa?

La mediación administrativa debe ubicarse en el marco del respeto al derecho de los ciudadanos a una buena administración; que ofrezca, en el marco de la seguridad jurídica, los medios adecuados para que el ciudadano pueda plantear su disconformidad con mecanismos alternativos al procedimiento administrativo y contencioso-administrativo.

Si bien es cierto que el Derecho administrativo ha pervivido históricamente sin incorporar la mediación administrativa, no puede negarse igualmente, que cada vez más las relaciones jurídico-administrativas son complejas, y el modelo actual no logra dar respuesta a las necesidades de la ciudadanía, tanto por los resultados poco satisfactorios alcanzados, como por el trato recibido y por los tiempos que demoran. Todo ello propicia una sensación de desprotección de estos frente a la Administración y la necesidad de buscar nuevos mecanismos para la resolución de controversias. Es en este contexto que la mediación se presenta como un complemento perfecto de la vía administrativa y contencioso-administrativa, cubriendo aquellos espacios que éstas no pueden ni deben alcanzar:

La mediación administrativa puede presentarse como una vía para que los conflictos se puedan plantear bajo el paraguas de dos pilares esenciales, la legalidad y la equidad, pero con una clara vocación de integrar en la solución de estos conflictos administrativos a los ciudadanos, lo que en palabras de BOUMAKANI²¹ se denomina el “*reequilibrio entre la relación administrativa y la participación ciudadana*”, o lo que CARBALLO denomina como el medio para reforzar la confianza del ciudadano en la Administración²².

Esa idea de participación ciudadana casa muy bien en un modelo no litigioso como es el de la mediación, que ejercería no solo una función de integración de los ciudadanos en la búsqueda de las soluciones a los conflictos jurídicos en los que estuvieren afectados, sino que propiciaría una función preventiva igualmente de los conflictos entre la Administración y los sujetos afectados por la actuación de ésta²³.

20 Así se recoge de forma clarificadora en la “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, en *Revista Poder Judicial*, 2013, p. 168.

21 BOUMAKANI, B.: “La Médiation dans la vie administrative”, *Revue du droit Public*, num. 3, 2003, p. 884.

22 CARBALLO MARTÍNEZ, G.: “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29, enero 2013. Arbitraje y mediación, p. 5.

23 Como señala la última de las Conclusiones del Seminario “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa”, realizado en mayo de 2013, por el Consejo General del Poder Judicial, “la mediación

El momento es el adecuado para integrar esta figura de la mediación en el sector de la Administración, dado el momento de fascinación que vivimos ante esta institución. El protagonismo de la mediación en la legislación es innegable, y no solo en España sino también en el ámbito internacional y supranacional. Si bien el punto de inflexión se produce con la aprobación de la ya citada Directiva 2008 relativa a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la propulsión sucesiva de la institución –e incluso la que tímida pero imparablemente ya se venía realizando, como sucedió en España desde las legislaciones autonómicas- en otros órdenes de materias ha sido constante, alcanzando a todos los sectores y abrigando altas expectativas en sus resultados, aun cuando la realidad no ha mostrado hasta el momento esas expectativas en números razonables.

Dicha fascinación se entronca en un momento ideológico y político muy favorable a la misma, puesto que se ha ido paulatina pero imparablemente cambiando el modelo de Estado, abandonando o desdibujando algunos de los viejos postulados del Estado liberal e incluso del Estado social prototípico del siglo XX²⁴. En este contexto, la propia Administración y sus instituciones están experimentando una transformación.

En ese contexto en el que hay menos Estado y más sociedad civil instrumentos de consenso son más que bien recibidos. Las coordenadas político-económicas son adecuadas y probablemente el modelo de Justicia que se presenta en la actualidad, un modelo en movimiento y a la búsqueda de medios que no sean necesariamente alternativos sino complementarios a lo existente, como sucede con la mediación, acoge favorablemente esas transformaciones en el marco del Derecho administrativo.

Resulta evidente que si la mediación administrativa se integra como un componente de la Justicia administrativa es también porque se trata de una manera de paliar una situación de absoluto colapso en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero no podemos ser reduccionistas y observar que un instrumento como el de la mediación sirve para eliminar papel o reducir trabajo de los jueces de lo contencioso, sino que hay que valorarla igualmente en su conjunto, en cuanto permita cubrir el espectro que los ciudadanos exigen a los poderes

administrativa y judicial contenciosa, como institución que promueve el diálogo civilizado, triangular y directo entre los ciudadanos y la Administración para la resolución de sus controversias jurídicas, debe servir para introducir en las prácticas de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena Administración, reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, orientando en este sentido las decisiones de los Tribunales contencioso-administrativos”.

24 BARONA VILAR, S.: “Justicia integral y Access to Justice”, cit., pp. 48-51. La autora, aun cuando referido el cambio de paradigma en el Siglo XXI a la Justicia, explica que se vive en el S. XXI un gran impulso global de cambio, de evolución, de transformación y de metamorfosis, con un escenario que califica de “complejo, diríase que inquietante y paradójicamente contradictorio, en el que elementos endógenos han penetrado y han alterado los viejos postulados de la Justicia como elemento intrínsecamente vinculado a lo público, al Estado, a lo nacional”.

públicos en cuanto a las garantías de tutela en el ámbito de los conflictos frente a la Administración.

2. Clases de mediación en materia de Derecho administrativo

Resulta necesario, llegados a este punto, acotar algunas cuestiones en relación con el régimen aplicable a la mediación administrativa, a saber; en primer lugar, abordaremos la cuestión de las posibles modalidades que podemos encontrar; para referirnos posteriormente a aquellos límites que innegablemente van a condicionar la viabilidad de la misma.

A) Mediación administrativa

Debemos referirnos a las diversas modalidades de mediación administrativa porque cabe pensar en una posibilidad de mediación en sede meramente administrativa, que ya venía amparada en el derogado –pero en aquel momento significativo- art. 107.2 de la LRJPAC y actual artículo 112.2 de la LPAC, cuando permitía la sustitución del recurso de alzada y del recurso de reposición, por otros mecanismos, entre los que citaba precisamente a la mediación.

Es más, en el artículo 114 de la LPAC se establece que se pone fin a la vía administrativa a través de varias vías, destacando el apartado d) del párrafo 1 de este precepto la de “los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento”.

Todo ello sin olvidar la premisa mayor, a saber, la posibilidad de que existan acuerdos, pactos y convenios en el ámbito de la Administración (la denominada *terminación convencional*), que es perfectamente aplicable como fundamento de la mediación administrativa, de la mediación contencioso-administrativa (intrajudicial) e incluso de la conciliación y del arbitraje.

Sin embargo, los citados preceptos han quedado en papel mojado, y su incorporación a la LRJPAC, y actualmente a la LPAC, no han conllevado un verdadero impulso de estos medios alternativos.

B) Mediación “intrajudicial” contencioso-administrativa

Se denomina mediación “intrajudicial” aquella que puede producirse en un proceso contencioso-administrativo. Se trata en realidad de una mediación “intraprocesal”, aun cuando se le conoce con el atributivo “intrajudicial”.

Esta institución no cuenta a día de hoy con regulación específica pese a que, como se ha expuesto, existen normas que amparan su existencia. Las normas que hemos referenciado, tanto el artículo 86 –fundamento esencial de la actividad consensual

también en la Administración y con la Administración- como los artículos 112 y 114 de la LPAC, ofrecen una respuesta legislativa incompleta, pero van más allá de una mera declaración de intenciones.

En sede ya contencioso-administrativa, el artículo 77 de la LPAC permite cubrir la fundamentación existencial de la mediación (o conciliación igualmente), si bien es absolutamente incompleta para sostener la expansión de la mediación administrativa derivada de un proceso contencioso-administrativo. Pero en todo caso, se trata de una suerte de apoderamiento legal de la mediación²⁵.

Conviene en todo caso, destacar la existencia de proyectos piloto promovidos por el Consejo General del Poder Judicial como el de la Fundación Valsaín en Canarias, posteriormente reproducido en otras Comunidades Autónomas como La Rioja, y más recientemente en Madrid y en Valencia, siendo el primero gestionado desde el Ayuntamiento y el segundo, desde la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Valencia. Dichos proyectos han enriquecido el panorama en esta materia, poniendo de manifiesto que no solo es posible, sino en muchos casos conveniente, impulsar el consenso, el pacto, el acuerdo, y mejor que eso que se lleve a cabo a través de un facilitador o un equipo de facilitadores, a través de la mediación. Y siempre a sabiendas que no es excluyente de la vía jurisdiccional.

Sentados los anteriores fundamentos legales nacionales, lo cierto es que la cobertura europea para estos procedimientos de mediación es una realidad. Podemos destacar la aprobación de la Recomendación R (2009) 1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, norma vinculada a la Recomendación (86)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a determinadas medidas orientadas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Ambas ponen de relieve el impulso realizado desde Europa para la implementación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles desde la Directiva 2008/52/CE²⁶.

Sin embargo, la mediación administrativa sigue careciendo, a día de hoy, de un régimen adecuado, en el que no solo la norma habilitante la presente, sino que se determinen quién o quiénes pueden ser mediadores en este tipo de conflictos y cuáles serían los nexos de coordinación con los órganos administrativos y sobre todo

25 Así lo denomina ETXEBERRIA GURIDI, J.F.: "La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades", en BARONA VILAR, S.: (Ed.): *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 340.

26 Aun cuando se trate de asuntos civiles y mercantiles es indudable que la Directiva de 2008 ha propiciado la incorporación de la mediación en los ordenamientos europeos. La Ley 5/2012, de 6 de julio española es una prueba de cuanto decimos. Y puede servir, aun cuando no en su régimen jurídico concreto, sí para determinar qué es la mediación, la importancia de la figura del mediador, la necesidad de garantizar la eficacia jurídica del acuerdo, la relación pendencia de la mediación-pendencia del proceso, etc.

con los jueces del orden contencioso-administrativo. Todo ello debiera configurarse, por supuesto, con el debido respeto al artículo 77.3 de la LJCA, que condiciona la eficacia procesal del acuerdo a que éste no lesione el interés público, dado que si así lo hiciera, el juez no lo homologará²⁷. Así, el auto judicial que homologa el posible acuerdo tiene fuerza ejecutiva, de conformidad con el artículo 113 de la LJCA.

III. EL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Como ya ha sido avanzado, el arbitraje administrativo se encuentra a día de hoy regulado en la LPAC, pero no debe perderse de vista que se trata de un arbitraje impropio, equivalente a la vía administrativa y sin efecto de cosa juzgada. Frente a él, el verdadero arbitraje administrativo, aquel equivalente a la vía jurisdiccional, no cuenta a día de hoy con respaldo normativo en nuestro ordenamiento.

I. Constitucionalidad de la admisión del recurso al arbitraje en Derecho administrativo

Históricamente la regla general siempre fue la no admisión del arbitraje en materias de Derecho administrativo, con base en argumentos que oscilan desde la imposibilidad de la Administración de transigir, a la contraposición entre interés público y privado o la entre discrecionalidad y legalidad.

No debe olvidarse que el artículo 103 de la Constitución Española establece que la Administración sirve al interés público y que, a su vez, el artículo 106 dispone que el control de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a los tribunales de Justicia, debiendo conciliarse dicho control judicial con la prerrogativa de la autotutela administrativa al que ya nos hemos referido.

No obstante lo anterior, a día de hoy las cosas han evolucionado en todos los sentidos. Por una parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional" (entre otras, STC 62/1991, de 22 de marzo, STC 288/1993, de 4 de octubre), con las mismas garantías que la jurisdicción ordinaria, y que por ende, sustituye al proceso judicial y por otra, ha declarado que únicamente se entienden como constitucionalmente inadmisibles aquellos obstáculos al enjuiciamiento del fondo de un asunto que sean innecesarios y excesivos y que carezcan de cualquier razonabilidad y proporcionalidad (STC 76/1996, de 30 de abril; 48/1995, de 14 de febrero, entre otras).

Pero lo cierto es que la problemática difiere cuando nos enfrentamos a los artículos 103.1, 106.1 y 117.3 de la CE.

²⁷ Como señala SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios*, Iustel, Madrid, 2010, p. 777, será el juez el que fiscalizará esta situación, desde "criterios absolutamente ajenos al Derecho, que son los únicos que formalmente puede manejar un órgano jurisdiccional".

Si el arbitraje en Derecho privado ha sido aceptado superando la dicción del artículo 117.3, dicha solución es totalmente extensible al ámbito que nos ocupa. Por lo que respecta a los artículos 103 y 106, a nuestro entender la clave reside en la interpretación que se realice del tenor del artículo 106.I CE. Si se realiza una interpretación literal del mismo, el arbitraje en Derecho administrativo resultaría contrario al texto constitucional, escapando del control de legalidad del artículo 106.I²⁸.

Queda claro, en cualquier caso, que para considerar el arbitraje admisible en Derecho administrativo debiera tomarse en consideración, a estos efectos, la singularidad de la actividad administrativa, así como la pluralidad de intereses y relaciones en juego o que pudieren estarlo.

2. Distintas manifestaciones del arbitraje en Derecho administrativo

Cuando se hace referencia al arbitraje en el Derecho Administrativo es posible encontrar una plural y asimétrica variedad de instituciones, a las que se denomina "arbitraje" pero que realmente difieren de la naturaleza clásica atribuida al mismo. Es por ello que el término "arbitraje" no siempre viene debidamente referido a una institución realmente arbitral. Y, de hecho, no se ha producido una clasificación o configuración de estas instituciones que en unos casos son próximas al arbitraje, pero en otros son verdaderos procedimientos administrativos.

En tal sentido, ha de recalarse con carácter previo, una cuestión de significado conceptual: no todo lo que se ha utilizado con el *nomen iuris* de arbitraje en materia de Derecho administrativo es realmente o propiamente "arbitraje" en sentido estricto. En el caso del arbitraje en Derecho administrativo propiamente dicho, la Administración es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje de un tercero. De ahí la necesidad de diferenciar estas figuras afines de aquellas otras que realmente lo son.

A) Figuras afines

La realidad práctica refleja la existencia, en primer lugar, de ciertos supuestos en los que las Administraciones Públicas actúan como auténticos árbitros, siendo terceros, y resolviendo un conflicto entre los particulares, con sujeción a la norma general (o en su caso específica) de arbitraje, lo que significa que su decisión no constituye "acto administrativo", sino laudo, título ejecutivo extrajudicial, con efectos de cosa juzgada. Este dato constituye uno de los elementos esenciales a

28 En este mismo sentido, BUSTILLO BOLADO, R.: *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2004, y GARCÍA PÉREZ, M.: *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

la hora de determinar cuándo estaremos ante un verdadero arbitraje y cuando éste no lo es, aun cuando se le haya querido otorgar dicha denominación, sin que ésta naturalice la esencia de la institución. Se trata, por ejemplo, de las antiguas Comisiones Nacionales de la Energía, de las Telecomunicaciones y del Sector Postal, y las Juntas arbitrales de transporte y de consumo, entre otras.

PARADA VÁZQUEZ emplea el calificativo de “*actividad administrativa arbitral*”²⁹ para referirse a la actividad de la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. Así, la actividad administrativa arbitral implica que la Administración resuelve el conflicto surgido entre dos particulares, mientras que, recordemos, en el caso del arbitraje en Derecho administrativo propiamente dicho la Administración es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje de un tercero.

En segundo lugar, existe una segunda categoría de supuestos, en los que, por el contrario, los elementos básicos de naturalización del arbitraje están ausentes. Se trata de aquellos supuestos que no son propiamente de arbitraje, sino que están próximos a una modalidad de procedimiento administrativo. La Administración actúa a la vez como parte en conflicto y como órgano decisor; lo que implica obviamente una quiebra de los componentes esenciales de la institución del arbitraje.

En tercer lugar, con la Ley 11/2011, de 20 de mayo, surge la posibilidad de utilizar el “arbitraje” referido a la resolución de conflictos intra-administrativos, regulando un cauce específico procedimental destinado a resolver conflictos internos entre la propia Administración General del Estado y sus Entes instrumentales. Como analizaremos *infra*, aunque el legislador emplea el término “arbitraje”, no se trata de un verdadero arbitraje.

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

B) Contratación administrativa: intento de arbitraje en Derecho administrativo

Resulta sencillo constatar la poca difusión entre nuestras normas legales del arbitraje en materia de Derecho administrativo.

²⁹ PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Derecho Administrativo I. Parte General*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 533 y ss.

Tradicionalmente el principal obstáculo para aceptar la institución arbitral en los contratos celebrados entre sujetos privados y las Administraciones públicas se debió al régimen jurídico exorbitante de los contratos administrativos y a la especial posición de la Administración en los mismos, frente a una institución como el arbitraje, de marcado carácter privado y basada en la igualdad y la autonomía de las partes. Y, sin embargo, fue en materia de contratación pública en la que se tendió una lanza a favor del arbitraje.

Fue con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que se trató de implantar de manera evidente el arbitraje como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 39, que posteriormente pasaría a ser el artículo 320 tras la reforma de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, establecía que *“Los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.”* La Ley 30/2007 permitió, por tanto, que las entidades públicas que no tengan carácter de Administraciones Públicas sometan a arbitraje aquellas dispuestas que puedan surgir durante la vida de sus contratos, declarando explícitamente la arbitrabilidad de los conflictos relativos a la ejecución y extinción de los contratos.

Es decir, el legislador español incorporó en la normativa de contratación administrativa una referencia a la posibilidad de someter a arbitraje de Derecho privado aquellas controversias surgidas en relación con los efectos, cumplimientos y extinción de los contratos celebrados con entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, es decir, de los contratos privados. Por tanto, excluyó el arbitraje en los contratos administrativos, propiamente dichos, y remitía al arbitraje privado de la LA de 2003.

Dicho precepto de la Ley 30/2007, se reprodujo en el artículo 50 del TRLCSP de 2011, pero ha sido suprimido en la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Debemos que destacar que la Comunidad Autónoma de Aragón, por su parte, desarrolló la anterior previsión del TRLCSP incorporando en su Ley de contratos, la posibilidad de someter a arbitraje la ejecución e interpretación de los contratos administrativos, propiamente dichos.

Por su parte, la disposición adicional primera de la Ley 30/2007 subrayó la importancia y la conveniencia de incorporar cláusulas de arbitraje en los contratos en el extranjero, como sucede en otros modelos comparados, explicitando que: “3.

En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. (...)”

Esta misma solución legislativa se mantiene en el TRLCSP y en la actual LCSP. El legislador distingue, por tanto, según la nacionalidad de la empresa con quien contrate la Administración la procedencia o no de incorporar fórmulas arbitrales.

Por consiguiente, el legislador del año 2017 ha decidido eliminar la remisión a la posibilidad de recurrir a arbitraje para los contratos privados y conforme a las normas de la LA, y ha mantenido única y exclusivamente la necesidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos con empresas extranjeras, lo cual supone un paso atrás en la aceptación del arbitraje en materia de Derecho administrativo.

IV. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto con anterioridad nos permite plantearnos la existencia de bases para la incorporación efectiva del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos. Frente a la posibilidad del arbitraje como vía alternativa al recurso administrativo, que sí está expresamente prevista en nuestro ordenamiento como hemos venido señalando, el legislador español no ha incluido hasta la fecha ninguna previsión normativa en relación con la posibilidad de incorporar el arbitraje como alternativa a la vía jurisdiccional.

El arbitraje administrativo propiamente dicho no puede presentarse como una respuesta “iusprivatista” o “híbrida privatista” para paliar una situación ya altamente preocupante que arrastran los tribunales de lo contencioso-administrativo ante un colapso funcional en sede judicial. Ello quebraría el fundamento y la naturaleza propia del sistema administrativo. Es por ello que el análisis de un posible arbitraje alternativo a la vía jurisdiccional debiera hacerse como mecanismo que otorga garantías al administrado y una tutela realmente efectiva.

Para ello, debe aprovecharse las previsiones normativas ya existentes, desarrollando en un primer momento, el arbitraje como alternativa a los recursos administrativos, posibilidad que ya se encuentra prevista a día de hoy en la LPAC. Con el éxito del mismo se conseguiría hacer llegar a los operadores económicos, a los administrados e incluso a la propia Administración la convicción de que el arbitraje puede y debe ser una buena vía para solucionar los conflictos administrativos. Tras ello, podría hipotéticamente avanzarse hacia el ideal de configuración de un arbitraje administrativo que pudiese tutelar a los administrados y otorgar, en aquellos supuestos disponibles, expresamente determinados, una vía alternativa a los tribunales de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.: "Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma", en BARONA VILAR, S. (Ed.): *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

BARONA VILAR, S.: "Qué y por qué la mediación", en ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E. (coords.): *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013.

BARONA VILAR, S.: "Introducción", en BARONA VILAR S. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

BETANCOR, A.: *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

BOUMAKANI, B.: "La Médiation dans la vie administrative", *Revue du droit Public*, núm. 3, 2003.

BUSTILLO BOLADO, R.: *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2004.

CARBALLO MARTÍNEZ, G.: "La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero 2013.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007.

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: "La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades", en BARONA VILAR, S. (Ed.): *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

GARCIA DE ENTERRIA, E.: "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA PÉREZ, M.: *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

MESTRE DELGADO, J.F.: *El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional*, Valencia, 2010 (ejercicio de cátedra, no publicado).

MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, Tomo III. *Los principios de constitucionalidad y legalidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Derecho Administrativo I. Parte General*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994.

PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Principios de Derecho Administrativo General. II*, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, J.: *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios*, Iustel, Madrid, 2010.

VERDERA SERVER, R.: *El convenio arbitral*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

OTROS RECURSOS

Comisión General de Codificación de la Sección Especial para la reforma de la LJCA, *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de España, 2013.

Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, 2011.

“Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, *Revista Poder Judicial*, 2013