

Las Administraciones Públicas ante el arbitraje

Autor: Álvaro Soriano Hinojosa

Editorial Atelier /2023

www.librotecnia.cl

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS	25
I. INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO	29
1. Exordio sobre el arbitraje administrativo.	29
2. Balance de un debate acerca de su aceptación	52
3. Configuración y limitaciones del arbitraje administrativo	55
II. ORÍGENES REMOTOS DE LO QUE HOY CONOCEMOS COMO ARBITRAJE ADMINISTRATIVO. APUNTES DEL ARBITRAJE EN GENERAL	61
1. Un instrumento valioso para los administrados.	61
2. Justificación de un análisis histórico.	63
3. Las raíces históricas del denominado arbitraje administrativo	66
3.1. El arbitraje en Grecia y Roma.	66
3.2. El arbitraje en el Derecho histórico español	73
A) La Ley de Arbitraje de 1953: regulación de arbitrajes privados en exclusiva	79
B) Ley de Arbitraje de 1988: avanzamos (a medias)	83
C) La culminación de un proceso largo y tedioso: la Ley de Arbitraje de 2003	90
D) Conclusión de la evolución legislativa	110
III. NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE DE DERECHO PÚBLICO EN EL EXTRANJERO	113
1. Francia	113
1.1. Elementos teórico-prácticos	113
1.2. Incidencia y nacimiento de la Cámara de Comercio Internacional. ...	119
2. Reino Unido	121
3. Estados Unidos	125

IV. EL ARBITRAJE DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.	129
1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una evolución constante	129
1.1. Plan de exposición	129
1.2. Recurso de amparo y cuestión de inconstitucionalidad	131
1.3. Aproximación al fundamento constitucional.	141
1.3.1. Excursus sobre derechos fundamentales de las administraciones públicas	142
2. Fundamento constitucional del arbitraje	153
2.1. Advertencia previa	153
2.2. Incursiones del TC en el marco del arbitraje laboral: No todo es arbitraje	153
2.3. Primera referencia a la naturaleza del arbitraje: Sentencia TC 43/1986, de 15 de abril.	161
2.4. Delimitación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas	166
2.5. Aproximación del Tribunal Constitucional al arbitraje administrativo	180
2.6. Aproximación del Tribunal Constitucional al arbitraje societario	197
2.7. Delimitación del recurso de amparo y de la cuestión de inconstitucionalidad	208
2.8. Confrontación entre el arbitraje y otros derechos fundamentales: cuestiones de pura legalidad ordinaria (cambios legislativos de 1953 a 1988 y falta de motivación no susceptibles de amparo)	218
2.9. Primer hallazgo del fundamento constitucional del arbitraje: «equivalente jurisdiccional» e introducción de la libertad como fundamento constitucional.	223
2.10. Prohibición de arbitrajes obligatorios: la ausencia de libertad conculca el fundamento constitucional	225
2.11. Criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	226
2.12. Criterios establecidos en la Unión Europea	227
3. Jurisprudencia española	228
3.1. La consolidación de la libertad (art. 1.1º CE) como fundamento constitucional del arbitraje: un avance esperado	234
3.2. La dignidad de la persona como fundamento constitucional, ¿cambio de paradigma?	237
3.3. Superación del equivalente jurisdiccional: La conjugación de la autonomía de la voluntad y la libertad como fundamento constitucional	242
3.4. Prejudicialidad penal y arbitraje: esfera de decisión del árbitro	250
4. Conclusiones de la jurisprudencia constitucional analizada	252
V. APRENDIZAJE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ENCAJE CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO.	255
1. Conflicto con la tutela judicial efectiva y con la reserva de jurisdicción: 24 y 117.3 CE.	258
2. Conflicto con el principio de legalidad, el interés general y el control de legalidad de la actuación administrativa: 103.1 106.1 CE.	263
2.1. Concepto de Interés general	263
2.2. La Constitución como norma jurídica «viva»	267

2.3. Cambios en la óptica del principio de legalidad provenientes de un mundo globalizado	268
2.4. El principio de legalidad como motor de la actuación de las administraciones públicas y el control de la legalidad por la jurisdicción contenciosa.....	274
VI. EL ARBITRAJE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ELEMENTO SOSPECHOSO ANTE EL PODER PÚBLICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO INTERNO	281
1. De la prohibición inicial total y su evolución posterior	281
1.1. De la completa prohibición a la imposición de barreras legales y reglamentarias	283
1.2. La autotutela como una barrera frente al arbitraje	287
1.3. Convenio arbitral como fuente de libertad de las administraciones públicas: Ley y Contrato.....	289
A) Definición de convenio arbitral	289
B) Las potestades regladas y las potestades discrecionales como elemento de voluntad de la Administración pública.....	290
C) Algunos supuestos problemáticos: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 30 de octubre de 2019 y Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de febrero de 2020	292
1.4. Materias disponibles: arbitrabilidad del Derecho Público.....	300
A) Evolución legislativa de la materia objeto de arbitraje	301
B) Luces y sombras del artículo 2 LA 2003	303
C) Radiografía del artículo 2 LA 2003	304
D) Orden Público y normas imperativas	313
E) Artículo 41.1 e) como criterio delimitador de arbitrabilidad.	316
F) Arbitrabilidad en derecho público: La importancia (y el problema) del convenio arbitral.....	318
G) Actuación del árbitro: sustituto de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 106.1 CE) y no de la actividad de la Administración	320
H) La falacia del arbitraje de derecho público	321
I) Categorías: lista cerrada o enunciación abierta, nos permite solo aventurar una serie de materias donde puede irrumpir con claridad el arbitraje o donde debe ser excluido	323
J) Aproximación a la arbitrabilidad a través de otras figuras: la transacción	325
K) Corolario	328
1.5. ¿Arbitraje de Derecho o de Equidad? Apertura excepcional de la jurisprudencia	329
1.6. ¿Arbitraje institucional o <i>ad hoc</i> ?	332
1.7. Políticas públicas orientadas a mejorar la percepción del arbitraje y la participación ciudadana en la resolución de conflictos	333
VII. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL Y CONTENCIOSA EN FRANCIA ..	337
1. Jurisprudencia civil. Primeras aplicaciones del Derecho internacional privado	337

1.1. Código civil francés y límites al arbitraje sobre el Estado y entes públicos: el Artículo 2060 del Code Civil.	337
1.2. Admisión de los establecimientos públicos industriales y comerciales (EPIC) al arbitraje (arbitrabilidad subjetiva). El caso de los contratos internacionales. Primeras Sentencias y evolución posterior de la Cour de Cassation: Arrêt San Carlo, Arrêt Galakis y Arrêt Gatoil ...	338
1.3. Arbitrabilidad objetiva: el orden público como límite al arbitraje ..	340
2. Jurisprudencia contenciosa frente a la civil: la solución del <i>Tribunal des Conflits</i>	340
2.1. Exposición general de las posibilidades conflictuales entre jurisdicciones.	340
2.2. El asunto INSERM: una última solución entre Pilatos y Salomón ..	341
2.3. Cambios acaecidos en Francia: abrogación del art. 2060 del <i>Code Civil</i>	344
A) Influencia de la tradición francesa en España	344
B) El Conseil d'État y su posición inicial contra el arbitraje.	344
C) El artículo 2060 del Code civil.	345
D) Aires de cambio en el Conseil d'État: impulso de la mediación como avance hacia el arbitraje.	345
E) Plasmación legal de la posibilidad de acudir al arbitraje.	347
F) El arbitraje en el derecho francés de la contratación adquiere carta de naturaleza.	351
VIII. CONTRATACIÓN Y ARBITRAJE. APERTURAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017	355
1. Introducción	355
2. La situación del arbitraje en la contratación pública en España.	358
2.1. ¿Evolución de las referencias al arbitraje en la legislación de contratos públicos. Una solución parcial y fragmentaria; pero en la línea correcta.	358
3. ¿Ha desaparecido el arbitraje en la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017?.	363
3.1. Régimen actual y RD-l 3/2020.	363
3.2. La apertura del arbitraje en otras legislaciones y diferenciación de la fase de adjudicación y la fase de ejecución del contrato ...	367
3.3. Aperturas en la legislación: aceptación del arbitraje internacional en normas administrativas (el caso de Loterías)	369
3.4. Doctrina del Consejo de Estado en favor del arbitraje en el ámbito nacional y en la contratación y responsabilidad internacional.	370
A) Doctrina en el asunto Thyssen Bornemisza	379
B) Doctrina en el arbitraje aviones Mirage	382
C) Doctrina en los asuntos Philip Morris y Japan Tobacco International (Reynolds)	384
D) Doctrina extraída de la línea de crédito concedida a Argentina: consolidación de una postura favorable al arbitraje y la transacción	392
1.5. Aperturas en la jurisprudencia	393
A) Consolidación del laudo arbitral frente a entidades públicas ...	393

B) Incidencia de un procedimiento arbitral ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	408
C) STS 20.12.2017: el arbitraje frente a derechos patrimoniales del estado y de otras entidades públicas	410
IX. PSEUDOARBITRAJES ADMINISTRATIVOS CON FORMA ARBITRAL Y ALMA ADMINISTRATIVA	425
1. Sustitución del recurso de alzada y potestativo de revisión	425
2. El denominado «arbitraje institucional»: un supuesto endógeno de solución de límites de competencias y atribuciones interna corporis en las Administraciones	428
3. Sistemática confusión del arbitraje con otras figuras	433
X. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ÁRBITROS: ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL	435
1. Superación de las adversidades constitucionales	435
2. El acto administrativo y el papel de las Agencias y Administraciones independientes en la relación con los administrados	438
2.1. El acto administrativo como dificultad adicional para el desarrollo del arbitraje	438
2.2. Los arbitrajes sectoriales por medio de la creación de juntas y comisiones y la utilización de algunas agencias y administraciones independientes	441
3. Arbitrajes Sectoriales	445
3.1. Introducción a la norma general	445
3.2. Clases de arbitrajes sectoriales	446
A) Arbitraje de consumo	446
B) Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones	467
C) Breve referencia al sector postal	492
D) Arbitraje de la CNMC	494
E) Arbitraje y transporte	514
F) Arbitraje y deporte	517
G) Conflictos que surgen en el seno del deporte	521
H) Junta Arbitral de Resolución de Conflictos sobre Tributos Cedidos	534
I) Arbitraje y propiedad industrial (I): marcas	538
J) Arbitraje y propiedad industrial (II): patentes	541
K) Arbitraje y propiedad intelectual	544
L) Breve referencia al Comisionado para el Mercado de Tabacos ..	550
M) Arrendamientos Rústicos Históricos	551
N) Discapacidad y arbitraje	554
XI. CONCLUSIONES	559
XII. BIBLIOGRAFÍA	565
Libros	565
Artículos	573