

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

La actividad arbitral de las Agencias administrativas

(Sentencia de Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso–Administrativo, de 16 de enero 2008) *

Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: I. Planteamiento II. La Administración como árbitro. Marco constitucional: voluntariedad como requisito para la admisión del arbitraje. 1. La emergencia de una nueva actividad administrativa: la actividad arbitral. 2. Exigencias constitucionales para su materialización. III. El arbitraje para dirimir conflictos entre los operadores en el sector de las comunicaciones electrónicas atribuido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

I. Planteamiento

La actividad de las Administraciones públicas en estos tiempos está proporcionando numerosos cambios en sus fórmulas de actuar; cambios que afectan tanto a la estructura administrativa que dicta una resolución como a la naturaleza de la potestad que está empleando. La Sentencia de Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso–administrativo), de 16 de Enero 2008¹ nos conduce a un problema que precisamente auna los dos elementos: se trata de una actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, esto es una agencia administrativa es decir, un modelo incorporado de los EE UU hace bien poco tiempo y, en segundo lugar, un acto relativo a un arbitraje en el que dicho ente ha ostentado la condición de árbitro entre particulares. Posiblemente la tercera cuestión que puede resultar paradójica es que en esta textura nos encontremos ante una resolución de la jurisdicción contencioso–administrativa.

Resumiendo lo máximo el problema, esta sentencia de casación analiza la razonabilidad de la resolución por la que se rechaza la reclamación planteada

* *Vid. infra*, pp. 852–856.

¹ Esta sentencia, por lo demás, recoge doctrina de una sentencia anterior del Tribunal Supremo, concretamente, la de 17 de diciembre de 2007; sala 7ª.

por Sogecable en relación con el Auto dictado el de 20 de octubre de 2005 y confirmado en súplica 24 de enero de 2006, de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que inadmitió el recurso interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de septiembre de 2004 que, a su vez, había acordado la "admisión del arbitraje instado por Telecable de Asturias, S.A.U. [...] en la reclamación arbitral presentada el 6 de mayo de 2004". Planteada la cuestión de otro modo, nos encontramos ante una resolución que analiza el problema de si la aceptación de la competencia por parte de una agencia administrativa es un acto separable o no y, en consecuencia, si la jurisdicción encargada de su análisis es la contencioso-administrativa (como reclama la recurrente) o la jurisdicción civil (como afirma el auto y confirma esta resolución).

La cuestión que analiza la sentencia objeto de este breve comentario, por tanto, plantea problemas de evidente interés que nos conducen, en primer lugar, al análisis de los contornos básicos de la actividad administrativa arbitral² como mecanismo que nos permitirá concluir si el pronunciamiento de estas resoluciones, declarando que la determinación de la competencia de las agencias administrativas no es un acto separable y por tanto su enjuiciamiento es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta razonable o no.

II. La Administración como árbitro. Marco constitucional: voluntariedad como requisito para la admisión del arbitraje

1. La emergencia de una nueva actividad administrativa: la actividad arbitral

La época actual ha transformado las funciones del Estado, redistribuyendo su peso en las relaciones económicas y sociales. Es, en algunos ámbitos, una consecuencia del proceso de globalización económica, pero en otros aspectos es el resultado de la evolución general de la actividad pública. Entre estas funciones novedosas se ha de encontrar necesariamente la actividad administrativa arbitral que complementa las tres que resultan tradicionales desde su formulación por Jordano de Pozas. Como no puede ser de otro modo, constituye una competencia que surge sobre todo en el marco de las relaciones económicas, en donde la actividad tradicional de regulación directa ha ido sustituyéndose, en una suerte de desregulación, por su sustitución a través de los mecanismos de resolución de controversias dentro de las cuales se ha de encuadrar la actividad como árbitro en conflictos entre particulares, afectando tanto a las relaciones prestador de servicios-consumidor como en conflictos entre las empresas, como ocurre con los arbitrajes en materia de interconexión en telecomunicaciones; que presenta, como veremos con posterioridad, contornos especiales.

² Sobre el arbitraje administrativo puede verse una visión general en mi estudio "Arbitraje administrativo", dentro de la obra colectiva *El arbitraje en las distintas ramas del Derecho*, Lima (Perú), Ed. Palestra, 2007, pp. 123-152.

En todo caso, más allá de las razones que han motivado la reducción del papel del Estado, la emergencia de la potestad arbitral está perfectamente justificada en razón del servicio objetivo a los intereses generales. Como ha señalado acertadamente Parada, “la necesidad funcional de incidir, por elementales razones de eficacia, sobre derechos privados en los múltiples sectores de la intervención pública, donde, además de la finalidad de garantizar la justa resolución de un conflicto, se presenta un interés público concurrente en el seguimiento y resultados de la aplicación generalizada de la norma”³. De hecho, como señaló Pérez Moreno, la presencia de la Administración pública realizando funciones arbitrales “ha creado un clima de ‘prestigio’, de firmeza y consolidación en torno a sus resoluciones, de forma que, cara a los conflictos de intereses entre particulares, aquélla se convierte en una eficaz instancia arbitral o dirimente”⁴. En el caso de las agencias administrativas es, además, una nota que forma parte de la razón de su creación y que, por ello, es especialmente significativo ya que este tipo de agencias están rodeadas de un halo de imparcialidad y de un conocimiento técnico de altura que permitiría, en teoría, dirimir el conflicto privado con especial acierto.

Esta actividad arbitral se ha desarrollado en sectores tradicionales. Pero, en mi opinión, es en las actividades económicas donde ha encontrado su campo más emergente y en donde encuentra su sentido más propio, dado que no se trata, habitualmente, de meros problemas entre particulares sino que éstos tienen trascendencia para el interés general: pensemos, por ejemplo, en el caso de la interconexión en materia de telecomunicaciones, en donde el art. 14 Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, obliga a participar a la CMT en la medida en que el acceso a las redes de telecomunicaciones y la interconexión es un requisito ineludible para que se puedan cumplir con los objetivos generales que se marca la Ley. De hecho, la aparición, por influjo estadounidense y en aras de una supuesta objetividad administrativa fuera de influencias políticas, de las agencias administrativas independientes, ha venido de la mano del reconocimiento expreso de potestades arbitrales. Los casos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones donde está expresamente reconocida la potestad arbitral en el art. 48.3º.a)⁵ o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que dirime conflictos en los que participan sociedades y accionistas, o de la Comisión Nacional de la Energía⁶, por citar sólo algunos de ellos. El problema que se suscita es cómo

³ P. Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, I, *Parte General*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2004, p. 531.

⁴ A. Pérez Moreno, “Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso”, dentro de la obra colectiva *Nuevas perspectivas del Régimen Local (estudios en homenaje al profesor José M^o Boquera Oliver)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002; –consultado en la base de datos electrónica TOLDOCS, nº documento 75785–.

⁵ Se trata, además, tanto de supuestos de arbitraje obligatorio como arbitraje voluntario. El precepto incluye como función de la CMT “arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden”.

⁶ La CNE tiene encomendada la función de “actuar como órgano arbitral en los conflictos que se sujeten a su jurisdicción en el sector eléctrico o de hidrocarburos”. A diferencia de la CMT, en

se puede proporcionar carácter obligatorio a procedimientos que son denominados arbitrales pero en los que no concurre el elemento de la voluntariedad, consustancial a la institución arbitral. Este dato nos conduce a examinar las exigencias constitucionales para que el establecimiento de una figura arbitral resulte factible.

2. Exigencias constitucionales para su materialización

El reconocimiento de la potestad arbitral por parte de las Administraciones públicas ha planteado, en el ordenamiento español, problemas de constitucionalidad que afectan, en mi opinión, no a la existencia de la figura sino al cómo lo ha configurado el ordenamiento jurídico, ya que puede entrar en colisión con otros derechos constitucionales. Téngase en cuenta que, cuando se habla de la actividad arbitral de la Administración hemos de atribuir la potestad sin que, con ello, nos encontremos ante cortapisas para el ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, sin que resulte suficiente, a los efectos de la subsanación de la violación de dicho precepto el que el arbitraje sea realizado por las Administraciones públicas, tal como lo ha señalado la propia jurisprudencia constitucional⁷. De hecho, se ha señalado que cuando se impone con carácter obligatorio un procedimiento al que se le denomina como arbitral pero que resulta obligatorio, lo que en el fondo se está haciendo es estableciendo una jurisdicción especial, tal como indicó el Tribunal Constitucional en relación con el Tribunal Arbitral de Censos⁸.

este caso se trata de un arbitraje "de carácter voluntario que se ejercerá de acuerdo con la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, y con la norma reglamentaria aprobada por el Gobierno que se dicte sobre el correspondiente procedimiento arbitral" –D.A. 11^a.Tercero. Uno. Décima, de la ley 54/1998, de 7 de octubre, del sector de los Hidrocarburos–.

⁷ Resulta pertinente recordar que, como señaló la STC 174/95, en donde se sanciona la inconstitucionalidad de una modalidad arbitral establecida en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, "el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, 'por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial'. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, "imponiendo para su ejercicio –como declaramos en la STC 185/1987– obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito".

⁸ En la STC 56/1990, de 20 de marzo, se afirmó lo siguiente "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 art. 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 arbi-

De entrada, nada hay que objetar, desde un punto de vista constitucional al hecho de que se hayan reducido las exigencias jurídico-formales para someterse a procedimientos arbitrales, pudiéndose incluso permitir que este mecanismo de resolución de conflictos esté asumido implícitamente por las partes, siempre y cuando este hecho esté contemplado en una norma con rango legal y siempre que se reconozca al particular la posibilidad de no recurrir a este mecanismo y acudir a los Tribunales de Justicia⁹. Así puede ocurrir, por ejemplo, en los casos en los que nos encontramos ante caos en los cuales la cuantía es lo suficientemente baja para que no resulte adecuado acudir a los tribunales de justicia, tal y como ocurre en los casos de ciertos arbitrajes de transporte.

La jurisprudencia constitucional en donde se han analizado cuestiones de arbitraje realizado por las Administraciones públicas ha incidido sobre el aspecto de la voluntariedad del arbitraje. Fue esta razón la que hizo anular en la STC 192/81, las potestades arbitrales en relación con ceses del derecho de huelga en los casos de conflictos colectivos o en la STC 174/95 fue esta la razón que llevó a anular el arbitraje obligatorio en materia de transportes. En este punto, tal como se reconoció en la última de las resoluciones citadas, ni siquiera el pacto expreso con la otra parte en conflicto para no recurrir al procedimiento arbitral. Casa mal con la esencia del arbitraje y está fatalmente divorciado del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰.

tral, sino a reglas propiamente atribuidas de la competencia objetiva y territorial. En suma, en términos de la STC 43/1988 (FJ 4º), no se trataba del reconocimiento legal a que por obra del principio de 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 ejercieran una jurisdicción especial (STS 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”.

⁹ El Tribunal Constitucional lo ha afirmado con total nitidez en su STC 352/2006, de 14 de diciembre, en la que afirmó: “Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada –sometimiento al arbitraje–, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento “en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada” que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos”.

¹⁰ Concretamente, en dicha resolución se afirma lo siguiente: “La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del art. 38.2º. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el art. 38.2º, párrafo primero, de la LOTT, que,

Precisamente por ello, la consecuencia sobre la constitucionalidad o no de las figuras arbitrales depende también de las posibilidades de impugnación de la decisión administrativa. Como ha señalado Parada, resultaría admisible “siempre y cuando la decisión arbitral pueda ser posteriormente impugnada ante un órgano jurisdiccional; un órgano que puede pertenecer al orden jurisdiccional civil pero que tampoco existe inconveniente de principio para que lo sea del contencioso-administrativo, que es hoy una jurisdicción tan ordinaria como la civil”¹¹.

Como se puede apreciar, este salto que hace que la decisión arbitral sea controlada judicialmente no es sino una consecuencia de que el arbitraje que desarrollan las Administraciones públicas se mueve en unos parámetros que resultan diferentes a los que se desarrolla el arbitraje privado. Y ello porque en el ejercicio de la actividad arbitral tiene siempre una conexión con el servicio a los intereses generales, lo que no ocurre con el arbitraje privado. En todo caso, esta necesidad de recurso judicial posterior es el elemento que más va a diferenciar los arbitrajes que realiza la Administración de aquellos otros sometidos a la normativa privada.

Y aquí precisamente es donde entra la sentencia, en la diferenciación o no del control judicial de la actividad arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que tiene algunas peculiaridades especiales, como tendremos ocasión de verlo inmediatamente.

III. El arbitraje para dirimir conflictos entre los operadores en el sector de las comunicaciones electrónicas atribuido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Dentro de las funciones que han asumido las agencias administrativas está la función arbitral. En el caso de la CMT, el art. 48 3º.a) Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones recoge la función analizada en la sentencia que se comenta del siguiente modo:

“En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:

a) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público.

El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes”.

El ejercicio de la función arbitral, el precepto lo señala claramente, no tendrá naturaleza jurídico pública, lo que determina que el laudo no podrá ser analizado por la jurisdicción contencioso-administrativa y que tendrá

al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al art. 24.1º de la Constitución”.

¹¹ J.R. Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, vol. I, pp. 534.

que ser analizado por la jurisdicción civil. Esto es, parece claro que el resultado final y el modo en que se ha ejercitado este procedimiento no tienen naturaleza administrativa sino civil.

¿Y el acto de admisión a trámite de un asunto? Porque aquí tenemos la puerta para que haya un reconocimiento público a una decisión que carece en cuanto a la determinación de quién sea la persona dirimente en el conflicto de requisitos que tienen los otros arbitrajes recogidos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. La solución a esta cuestión no parece tan sencilla de dilucidar, en la medida en que es el acto por el que se reconoce la competencia de la CMT para poder actuar y delimita, por otra parte, el ámbito de ejercicio de la potestad que tiene reconocida la agencia administrativa, lo que sin duda es un aspecto relevante para el reconocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, la propia Ley General de Telecomunicaciones contiene un amplio abanico de funciones arbitrales a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en aspectos que resultan muy relevantes para el funcionamiento del sector de las telecomunicaciones; las cuales serán obligatorias para las partes siempre que se den los presupuestos para la actuación de la agencia. Así, nos encontramos con funciones arbitrales atribuidas directamente y de forma obligatoria a la CMT en el art. 14.1º en relación con la determinación de las condiciones de la interconexión; el art. 48. c) en relación con las guías telefónicas; el art. 24 sobre la financiación del servicio universal y el art. 30 en relación con uno de los elementos que podría servir para encontrar razonabilidad en el despliegue de las infraestructuras, el uso compartido¹².

El caso de la competencia en los conflictos entre particulares que se contempla en el art. 48 LGT resulta totalmente diferente. El ordenamiento jurídico le otorga a un ente público la competencia de dirimir en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas. Imaginemos un supuesto algo absurdo pero que nos podría servir dialécticamente para avanzar en esta cuestión: que el arbitraje que se sometiera al conocimiento de la CMT en el sector eléctrico y que la CMT admitiera la competencia para dirimir el conflicto. ¿Atribuimos la competencia para su enjuiciamiento a la jurisdicción civil cuanto estamos hablando de un problema de ejercicio de un poder atribuido por el ordenamiento jurídico? No parece razonable, en la medida en que precisamente lo que se está haciendo es utilizando una competencia que le otorga el ordenamiento jurídico directamente para dirimir disputas entre particulares. Pues cuando se asume la competencia en el ámbito de las telecomunicaciones no hay dificultad para que la solución resulte equivalente; sobre todo teniendo en cuenta que la cuestión de la competencia para actuar acostumbra a ser, sin mayor problema, una de las cuestiones administrativas en todo caso, aunque, a posteriori, su ejercicio esté sometido al Derecho privado, lo que en el caso de autos resulta indiscutible.

¹² Sobre las posibilidades en esta materia, *vid.* mi estudio *Infraestructuras de telecomunicaciones y Corporaciones Locales*, Madrid, Aranzadi, 2003.

No es, en este sentido, tal como afirma la sentencia, un problema equivalente al de los árbitros privados que tienen capacidad para determinar su propia competencia, ya que está es la consecuencia de un convenio entre partes. Aquí la competencia es pública por razón de su ámbito de funcionamiento y a partir de ahí, tal como señala la propia LGT su “ejercicio” es privado. La competencia para el conocimiento del asunto por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa es, si se quiere, muy limitada en cuanto a su extensión en este tipo de asuntos pero es consecuente con el mandato del legislador.

***Ámbito y extensión de una cláusula de arbitraje
inserta en un contrato de obra para la construcción
de una fábrica “llave en mano”***

**(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª,
nº 1097/2008, de 20 de noviembre de 2008)***

Francisco RAMOS ROMEU

Profesor de Derecho procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

Sumario: I. Antecedentes relevantes del caso. II. Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Supremo. III. Para hacer una cláusula arbitral efectiva.

I. Antecedentes relevantes del caso

1. La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos aborda la cuestión del Ámbito y extensión de una cláusula de arbitraje inserta en un contrato de obra para la construcción de una fábrica “llave en mano”. El texto de la cláusula viene sucesivamente determinado en dos documentos contractuales: primero, las condiciones especiales del contrato prevén que:

“Todo litigio o cuestión derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato, se resolverá precisamente mediante arbitraje de equidad según figura en las condiciones generales”.

Segundo, las condiciones generales disponen que:

“Todo litigio derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato o acto jurídico, las partes lo someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, encomendando al mismo la designación de árbitros y la administración del arbitraje, así como obligándose a cumplir la decisión arbitral”.

* *Vid. infra*, pp. 883–885.