

JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS: ¿UTOPIA O REALIDAD?
ADMINISTRATIVE JUSTICE AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS METHODS:
UTOPIA OR REALITY?

Carla Esplugues Barona

Doctora en Derecho

RESUMEN

En contraste con la fascinación creciente por las denominadas *Alternative Dispute Resolution* o ADR, es decir, los medios alternativos no judiciales ni jurisdiccionales de resolución de conflictos (mediación, conciliación y arbitraje), el Derecho administrativo se presenta como un ámbito jurídico repleto de obstáculos frente a las mismas, 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, el tradicional sistema de Justicia Administrativa caracterizado por la doble vía administrativa y contencioso-administrativa se aboga insuficiente para dar una solución ágil y adaptada a los conflictos administrativos actuales, conflictos marcados por el enorme cambio social acontecido durante el siglo XX y las mutaciones de las propias estructuras administrativas. Desde hace algunas décadas se han venido incorporando en las normas administrativas y procesales modelos de consenso, pactos, acuerdos, mediaciones y arbitrajes. Sigue siendo un sistema (ADR) todavía incipiente en Derecho administrativo; siguen existiendo límites y restricciones a los mismos, pero su presencia es una realidad. Queda un largo camino en la capacitación de los nuevos protagonistas, en el diseño de los modelos de ADR, incluido el arbitraje, si bien ha dejado de ser un componente ajeno a la Justicia Administrativa.

PALABRAS CLAVE

Justicia administrativa, Derecho administrativo, ADR.

ABSTRACT

Administrative Law remains one of the few legal areas in which the role played by *Alternative Dispute Resolution* (ADR) is still limited. Despite the growing role played by ADRs tools in many legal sectors across the world, Administrative Law is still plenty of obstacles as regards to its use in this important area. The specific nature of Administrative law and of the Administration, the non-disposable nature of administrative matters, the special nature of the relationship between the Administration and citizens as well as the traditional opposition to/negation of the possibility to review the activity of the Administration to third persons other than judges underline this negative attitude towards the use of ADRs in this field. However, the traditional way to solve administrative disputes through the double option of claiming before the Administration itself or referring to State courts is becoming insufficient. In so far it is considered that they are unable to afford a sound, flexible and quick response to this category of disputes, characterized by its growing number and complexity and by the changes undergone in society and the administrative structures. This inability to grant timely, certain and affordable relief to citizens, is favoring a change in the traditional attitude maintained towards ADRs and fosters the use in some jurisdictions of certain ADRs mechanisms —consensus, negotiation, mediation, arbitration— to tackle administrative disputes. Certainly, its use is still limited. A long way ahead remains, but for the first time the scenario of Administrative justice seems to be changing and ADRs tools are recognized a role to play, although still embryonic, in this specific, complex and evolving area.

KEYWORDS

Administrative Justice, Administrative law, ADR.

JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: ¿UTOPIA O REALIDAD?

Carla Esplugues Barona

Doctora en Derecho
Abogada

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Histórica negación de la posibilidad de someter los conflictos administrativos a un tercero distinto de un juez. 2.1. Claves para entender el régimen actual de control de la Administración. 2.2. Fortalecimiento de la legitimidad de la Administración Pública, y la eficiencia y eficacia del modelo de Justicia Administrativa. 3. Incorporación de los medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo. 3.1. Incorporación limitada de las fórmulas ADR. Especial referencia a la mediación. 3.2. Arbitraje. 4. Conclusión. Notas. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho ha experimentado una continua evolución a lo largo de la historia; en la modernidad, el Derecho entendido como sistema jurídico se vinculó a la idea de Estado, a sus componentes identificadores y a la creación de unas estructuras que han permitido la confección y ordenación de las reglas sociales. Durante los siglos XIX y XX, ese matrimonio entre el Derecho y el Estado propició una sociedad estructurada y fortalecida.

En ese momento de la historia —especialmente en la Revolución francesa— se produjo igualmente la conformación de lo «público-administrativo». En ella se encuentra el germen y la consolidación del modelo de Administración que dio lugar a la autonomización del Derecho administrativo como rama del ordenamiento jurídico, y con ella, la aparición de la «Justicia Administrativa».

Es cierto que la expresión Justicia Administrativa no ha sido expresamente acuñada en el Derecho administrativo, si bien entendemos que es un concepto idóneo para designar la función de juzgar o resolver controversias (Justicia) relativa a conflictos con la Administración (administrativa) (González Pérez, 1992). Es un concepto que podría ser el género de un conjunto de especies que permiten solventar o resolver los conflictos administrativos.

Y es que la Justicia Administrativa no hace referencia únicamente a la tutela de los tribunales de justicia, sino que se conforma a través de una doble vía: la vía administrativa y la vía judicial. Más allá de ellas, no parecía pensable que hubiera otras instancias que pudieran afrontar los conflictos administrativos. Probablemente, esa inquietud ni tan siquiera se había planteado.

Sin embargo, el tiempo lo ha ido transformando todo, no solo debido a los cambios sociales del último siglo, sino también a las mutaciones de las propias estructuras administrativas. Nos hallamos ante un momento histórico caracterizado por la variación de las relaciones jurídico-administrativas existentes. En este contexto de cambio y de avance, la Administración deja de ser evaluada en términos de mera eficacia formal. Dado que su margen de toma de decisiones se ve ampliado, también se incrementan las opciones para decidir el instrumento de resolución de las controversias más adecuado en cada momento. Surgen, así, el acuerdo y el consenso como complemento de la legitimación aportada por la norma.

En efecto, a comienzos del siglo XXI se produjeron enormes transformaciones sociales y nuevas maneras de diseñar las administraciones. Ello implicó un cambio en las relaciones del ciudadano con la Administración y la búsqueda de nuevas formas de afrontar los conflictos administrativos que fueran capaces de procurar soluciones más ágiles y adaptadas a la realidad social.

Conviene, por tanto, atender, en primer lugar, a la aparición y consolidación de las bases del modelo de Derecho administrativo y su realidad actual, y referirnos, posteriormente, a la posibilidad de incorporar las ADR como medio de resolución de los conflictos entre Administración y ciudadanos en el marco de ese nuevo diseño del Derecho administrativo.

2. HISTÓRICA NEGACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE SOMETER LOS CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS A UN TERCERO DISTINTO DE UN JUEZ

Para poder entender la histórica negación de la posibilidad de someter los conflictos administrativos a un tercero distinto a un juez, es importante considerar, en primer lugar, la conformación de las bases del Derecho administrativo o, lo que es lo mismo, las claves que permitieron configurar esta rama del ordenamiento jurídico y el control de la actuación de la Administración.

2.1. CLAVES PARA ENTENDER EL RÉGIMEN ACTUAL DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

A partir de la Revolución francesa, la construcción del Derecho administrativo se basó en diversos conceptos-clave, entre los que destacan dos: *i)* la separación de poderes; y *ii)* el principio de legalidad.

i) La separación de poderes es uno de los pilares sobre los que se estructura el Derecho administrativo, dado que sobre ella se configura la necesidad de sistematizar, organizar y regular las estructuras y las relaciones jurídicas que se gestan tanto *ad intra* como *ad extra* de la Administración y, con carácter especial, respecto a los otros poderes del Estado. La separación de poderes se incorporó al artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (DDHC)¹. Posteriormente, fue incorporada al Decreto de 16-24 de agosto de 1789 y, dos años después, a la primera Constitución francesa, de 3 de septiembre de 1791. En España, su consagración sería más tardía; tuvo lugar en el primer Decreto de las Cortes de Cádiz, fechado el 24 de septiembre de 1810².

Pese a esa declaración formal, la realidad era otra. Ni existía separación de poderes ni, desde luego, un poder judicial independiente. Ni siquiera en la actualidad, pese a la proclamación del principio, existen realmente tres poderes plenamente independientes. En ningún momento se logró o se ha logrado alcanzar un «equilibrio perfecto» entre los poderes del Estado: en la práctica, alguno de ellos siempre ha prevalecido sobre el resto (Muñoz Machado, 2015: 20-23). La doctrina administrativista ha rechazado que la separación de poderes pueda concebirse como una explicación técnica de la especial posición de la Administración frente a los tribunales, debido, en buena medida, al hecho de que no resulta posible afirmar que exista un equilibrio real entre poderes. Al respecto, cabe alegar que la propia existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa supone el sometimiento del control de un poder, el ejecutivo, al poder judicial (García de Enterría, 1974: 81-82).

ii) El principio de legalidad. El segundo pilar del Derecho administrativo moderno es el denominado principio de legalidad, que implica «primacía de la ley, también superioridad o jerarquía con respecto de cualquier otra clase de norma; explica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afectan los derechos y libertades; y está conectada, igualmente con la idea de habilitación» (Muñoz Machado, 2015: 99). O, lo que es lo mismo, a través del principio de legalidad trata de afirmarse que el Derecho administrativo «es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del “reino de la ley”, el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente “en virtud de la Ley” se puede exigir obediencia» (García de Enterría, ²1996: 40).

Legalidad implica tanto que la Administración está condicionada por la Ley como que está delimitada por la misma. La primera idea nace en los gobiernos asamblearios, en los que la falta de leyes de atribución de poderes suponía que la Administración no podía actuar; la segunda idea surge de las Constituciones francesas de la Restauración, pero también en Alemania, donde la falta de leyes suponía que la Administración podía actuar a su libre albedrío (Cassese, 2014: 342). La función de la ley es, a tenor de lo que estatuye el

artículo 6 de la DDHC, articular las libertades de todos. En este sentido, los individuos no pueden ser libres sin leyes. La construcción revolucionaria no termina ahí. La ley es, además, el único título para poder exigir obediencia a los individuos y así lo establece en el artículo 5 de la arriba citada DDHC de 1789: «Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y a nadie puede ser forzado a hacer algo que la Ley no ordena».

La técnica de la legalización del poder fue la base sobre la que se formó todo el Derecho público moderno. Podemos hablar, por tanto, de una *juridificación del poder*.

Pero separación de poderes y principio de legalidad no son compartimentos estancos, sino que ambos deben ponerse en relación, y ello por cuanto la ley es el marco de actuación de los poderes del Estado. En efecto, el legislativo promulga, modifica y deroga las leyes, el poder ejecutivo se encuentra limitado por estas y el poder judicial vela por su cumplimiento.

Partiendo de lo expuesto, resulta necesario hacer referencia al modo en que puede efectuarse el control de la actuación de la Administración y a quién puede realizarlo, o lo que es lo mismo, a los cauces y órganos adecuados para llevar a cabo el control y la resolución de los 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, proceso que García de Enterría denominó «la lucha contra las inmunidades del poder» (García de Enterría, 1962).

Especial relevancia reviste, en este sentido, el privilegio del que goza la Administración de autotutelarse, esto es, la autotutela administrativa. Si bien fue García de Enterría quien 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 histórico de transformación de las relaciones entre la Administración y la Justicia.

Lo cierto es que, a día de hoy, la Administración sigue gozando de una especial posición frente a los tribunales. En contraste con la regla general de la *heterotutela* que rige para los particulares, que supone que, para crear, modificar o extinguir una situación jurídica deben recurrir a los órganos jurisdiccionales, la regla general para la Administración es la *autotutela*, es decir, que, salvo previsión expresa en contrario, es ella la que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas unilateralmente, sin necesidad de auxilio judicial.

Legalidad y autotutela no son instituciones antagónicas o principios contradictorios, sino que el privilegio de la autotutela trae causa de la propia legalidad. Mientras la legalidad es el marco en el que debe moverse toda actuación administrativa, la autotutela es un privilegio referido a las relaciones de la Administración con otros sujetos, pero no supone la exclusión del control de los tribunales. Así, la autotutela administrativa se ejerce también con el fin último de defender los intereses generales. La propia singularidad administrativa es la que hace quebrar la heterotutela en la medida en que la Administración, erigida en máximo garante del interés público, es la que mejor lo tutela.

Actualmente, no hay unanimidad doctrinal sobre el mantenimiento de un modelo de autotutela administrativa. Son ya diversas las voces que en la doctrina se vienen pronunciando críticamente en torno a la autotutela de la Administración. Por un lado, pue-

de argumentarse que la extensión generalizada de la ejecutividad automática de los actos administrativos en manos de la Administración es incompatible con los principios constitucionales. Sin embargo, esta reflexión debe ser replicada con la afirmación de que la ejecutividad de los actos administrativos, desprovista de cualquier motivación y utilizable al mero arbitrio de la Administración, en la actualidad se considera ya superada (Betancor, 1992: 432-433).

El Tribunal Constitucional ha reconocido que la autotutela administrativa no es contraria a la Constitución, siempre que respete los derechos fundamentales³. Sin embargo, algunos autores como García Macho y Blasco Díaz defienden la necesidad de realizar un análisis de «mayor calado» de la idea de efectividad de la Administración: dado que la autotutela administrativa no está realmente reconocida en la Constitución, debería existir una norma habilitante que estableciera con precisión su contenido material (García Macho y Blasco Díaz, 2005: 295). Si bien ambos autores reconocen que la Administración requiere de autonomía para dar cumplimiento a los intereses generales, entienden que debe hacerlo desde la vinculación plena a la ley y al Derecho.

Una vez expuesto el especial privilegio de la Administración de autotutelarse, analizaremos 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. Ahora bien, la tutela judicial está 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 del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que se equiparaba a los actos de autoridad o de imperio⁴. La historia política justifica este modelo inicial. Esa equiparación a los actos de autoridad o imperio impedía que pudiera cuestionarse la actuación administrativa (y, por ello, negaba la propia existencia de conflicto administrativo) 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 más lenta, ya que hasta la aprobación Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 no se extendió el control judicial a las potestades discrecionales de la Administración. En la actualidad, la CE 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.

La cuestión de los límites de ese control de la jurisdicción ha dado lugar a importantes debates. Si algunos autores 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 (García de Enterría, 1996: 41; Muñoz Machado, 2015: 255), otros se han manifestado a favor de un control de legalidad de la actuación administrativa, pero no de razonabilidad (Parejo Alfonso, 1993: 47).

A nuestro entender, lo que en esencia dispone el artículo 106 de la CE es que ningún ámbito de la actuación administrativa debe quedar exento de control. Durante la modernidad, el control de la actuación administrativa se ha venido realizando a través de la propia Administración (a través de la autotutela) y del control jurisdiccional (poder judicial). Se

trata de dos vías, dos maneras de actuar con principios diversos y consecuencias jurídicas distintas.

En nuestra realidad jurídica, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) reguló este control jurisdiccional. Se trata de una ley que ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de sus años de vigencia, la última de ellas mediante un paquete leyes del año 2015⁵ orientado a acomodar la jurisdicción contencioso-administrativa a una sociedad en constante evolución. La necesidad de cambio fue subrayada en el «Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa» elaborado en el año 2013 por la Comisión General de Codificación (Sección Especial para la reforma de la LJCA)⁶.

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: «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 ejercido por los tribunales contencioso-administrativos debe limitarse a un pronunciamiento meramente declarativo sobre la legalidad del acto administrativo que lo confirme o lo anule, pero que no implique una condena a la Administración que le imponga la obligación de actuar en un determinado sentido (Santamaría Pastor, ³2015: 737). Sin embargo, ocurre con frecuencia que, como consecuencia del proceso contencioso-administrativo, las alternativas disponibles sobre las cuales la Administración pudo elegir en su momento con libertad se ven reducidas, y puede darse el caso de que únicamente quede viva una de las decisiones. Ante este escenario, el juez puede, por pura lógica, incorporar a su fallo esa única solución alternativa (García de Enterría y Fernández, 2011: 508). Más allá de esta excepción, la regla general es que la jurisdicción se limita a identificar aquellos actos disconformes con la legalidad sin proceder a sustituir su contenido. Es más, toda vez el proceso contencioso-administrativo se rige por el principio de oportunidad y el principio dispositivo —su objeto vendrá determinado por las pretensiones de las partes (art. 33.1 LJCA)—, si el recurrente se limita única y exclusivamente a pedir la anulación de un acto administrativo concreto, el juez solo podrá pronunciarse sobre este extremo.

Aunque sin criterios homogéneos, la doctrina ha comenzado a plantearse el equilibrio entre el mayor o menor control judicial de la actuación de la Administración. Si, por un lado, García de Enterría y Fernández defendieron el avance del control judicial de la Administración, incluida la posible sustitución de las decisiones administrativas por las de los tribunales, Parejo Alfonso y Sánchez Morón apoyan la existencia de zonas de independencia de la Administración blindadas a la intervención judicial. Por su parte, Muñoz Machado considera 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 ple-

namente sometida a la ley y el Derecho, lo que sería contrario a los artículos 103.1, 24 y 106.1 de la CE (Muñoz Machado, 2015: 255).

Compartimos esta última interpretación, dado que entendemos 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. Por ello, los tribunales podrán entrar a enjuiciar, pero estarán constreñidos por lo 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 admisible que se produzcan interferencias entre ambos, pero ello no puede conllevar que se excepcione el control judicial de la Administración fuera de estos límites.

Estas prevenciones respecto a las posibles injerencias del poder judicial en el poder ejecutivo son típicas del continente europeo y derivan de las monarquías absolutistas. Reflejan la crisis de crecimiento de la Administración europea, especialmente en el siglo XX, y el efecto pendular de decrecimiento experimentado en las postrimerías del siglo XX y en el siglo XXI, debido al neoliberalismo y la globalización. A título de ejemplo, en España la necesidad de articular un control judicial de la actuación administrativa emerge como consecuencia de la configuración política del Estado⁷ moderno, especialmente desde la transformación del régimen político del siglo XIX —un sistema individualista y liberal para el que el administrado se concebía como un individuo aislado frente al Estado y la sociedad como esfera de autonomía privada⁸, dado que los gremios y corporaciones se habían ido suprimiendo— hasta la consolidación, en el siglo XX, del Estado social y democrático de Derecho y, con ella, el paulatino reconocimiento de los denominados derechos sociales en el marco del «constitucionalismo social».

A partir de este desarrollo de cierta estructura de grupo en la sociedad, el Estado tuvo que intervenir progresivamente y de forma más acentuada en la redistribución de los bienes y servicios, ya fueran estos públicos o privados. El nuevo paradigma de Administración Pública asumió los retos del cumplimiento de los objetivos de justicia social del Estado. Esta tarea ha generado transformaciones complejas de la Administración, que ha tenido que centralizar y descentralizar sus funciones y hacer frente a cambios de estructura internos para «reorganizar» el nuevo modelo de Estado. En ese proceso de configuración de nuevos equilibrios también la autotutela se ha visto confrontada con un control judicial propio de un Estado protector.

2.2. FORTALECIMIENTO DE LA LEGITIMIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y LA EFICIENCIA Y EFICACIA DEL MODELO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Efectivamente, si bien los Estados se han mantenido como estructuras administrativas y de poder, y como elemento de identificación de nacionalidades, la pervivencia de estos

rasgos se ha debilitado; los Estados han perdido parte de la legitimidad que les atribuía el diseño del modelo construido los siglos XVIII y XIX. Precisamente, la irrupción del neoliberalismo supuso la progresiva consolidación de un programa diseñado para «combatir el Estado»; si algunos autores y orientaciones teóricas consideraban necesaria su desaparición a favor del mercado, otros —particularmente aquellos autores encuadrados en la denominado ordoliberalismo (Eucken, 1960: 303)⁹— consideraban necesaria la cooperación entre el Estado y el mercado para transformar la sociedad desde determinadas coordenadas económicas.

En la Europa del siglo XX se produjo un crecimiento desmesurado de la Administración Pública que, en ciertos casos, fue adquiriendo dimensiones desproporcionadas y que, ineludiblemente, propició el aumento de la conflictividad no solo en el plano cuantitativo, sino también en el cualitativo. Además, y especialmente en los últimos tiempos, hemos asistido a lo que Habermas denominó «la debilitación de la esfera de lo público»; la extensión de la esfera de lo público más allá de los órganos del Estado (Habermas, 1973). En el marco del *neoliberalismo*¹⁰, las facultades reguladoras del Estado se reducen frente al poder del mercado. Aun cuando se haya considerado que en este modelo el Estado pierde el control sobre la economía, ello no es del todo cierto: tal y como han expuesto los autores adscritos al ordoliberalismo, más bien lo que tiene lugar es una reducción de prestaciones sociales por parte del Estado (Fiz Zamudio, 1983).

En esa constante evolución, a partir de los últimos años del siglo XX se produjo el tránsito de una Administración que monopolizaba la regulación y el control de todos los sectores públicos a una nueva visión de Estado en el que este asumía una función diversa, «reguladora», es decir, el Estado «gestor» fue reemplazado por el Estado «regulador» (García Álvarez, 2014). En todo caso, no se trata de fórmulas perfectamente delimitadas y el cambio ha tenido un impacto desigual en las distintas esferas de actividad. La nueva visión implica que el Estado establece los criterios desde el interés público concurrente para dirigir o corregir algunas posibles disfunciones del mercado (entre otros, González-Varas, 2001; y Betancor, 2010), y ello provoca la creación de entes públicos dotados de independencia y neutralidad a los que se les denomina «autoridades u organismos reguladores». Si bien estos entes tienen funciones decisoras que afectan obviamente a la regulación del mercado y a sus operadores —e incluso a los consumidores—, también se les reconoce una función de resolución de posibles conflictos derivados precisamente de la actividad económica de la que ellos, como reguladores, son responsables.

La progresiva disminución de la intervención del Estado afecta a la Administración Pública, exige una reestructuración de las instituciones, una mejora en la capacitación de sus funcionarios y una exigencia de resultados informada por las ideas de eficiencia y eficacia. Se anuda la eficiencia a la modernización de estructuras y a la digitalización administrativa. De ahí que en los últimos tiempos hayamos asistido a la consolidación del expediente administrativo telemático y a la introducción de la máquina inteligente también en algunos ámbitos de la vida administrativa: el proceso es todavía incipiente, pero conocerá una previsible expansión en los próximos años. Esa nueva estructura administrativa, caracterizada por la generalizada implantación de las tecnologías, exige mejores funcionarios,

unos funcionarios eficaces dotados de mayores y mejores competencias en el uso de los instrumentos electrónicos, informáticos y telemáticos que ofrezcan más servicios en menos tiempo y con menor coste para la Administración. Las técnicas administrativas y su nuevo enfoque de funcionalidad modernizada deben ser eficazmente desarrolladas por quienes forman parte del aparato público.

Esta evolución repercute en los sujetos receptores de la actividad de la Administración —los administrados en el siglo XIX, los ciudadanos en el siglo XX y los que en el siglo XXI se convierten en «usuarios» de la Administración. Esos últimos pueden ser personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, nacionales o extranjeros. Dado que los receptores de la actuación de la Administración se han multiplicado, siquiera potencialmente, las relaciones jurídicas en las que puede intervenir la Administración también han crecido exponencialmente tanto en los sectores tradicionales como en aquellos que anteriormente no existían. Paralelamente, cuanto más aumentan relaciones con la Administración, mayores discrepancias pueden producirse con la actuación de la misma, dicho esto en el sentido de que las posibilidades de que surjan nuevos y más conflictos que se vehiculan a través de la vía administrativa o del proceso contencioso-administrativo se incrementan.

Este aumento de la complejidad y de la litigiosidad administrativa, que acompaña igualmente a la globalización, no es rentable ni eficiente porque las estructuras de la Administración y los órganos jurisdiccionales no han podido evolucionar al mismo ritmo que la creciente conflictividad administrativa. Asistimos, por ello, a una evolución acelerada de estructuras, organizaciones e instituciones, pero también de funciones y de reparto de las mismas entre los múltiples protagonistas, que propician una transformación de los sistemas jurídicos en general; son estos los que van a legitimar la aparición de nuevos sujetos, nuevas funciones y nuevas consecuencias jurídicas, especialmente cuando el interés público sigue estando presente.

3. INCORPORACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El siglo XXI comienza con enormes transformaciones y nuevas formas de afrontar los conflictos administrativos derivadas de las mutaciones en las propias relaciones de las personas con la Administración. La globalización ha generado una nueva sociedad y, con ella, una nueva manera de diseñar las Administraciones. El cambio ha supuesto la aparición de nuevos tipos de conflictos administrativos que reclaman soluciones más ágiles y más adaptadas a la realidad social, una realidad que avanza mucho más rápido que las estructuras del Estado y las normas jurídicas. Baste pensar en la aparición, en el nuevo siglo, de reguladores privados transnacionales y de organismos de naturaleza mixta público-privados que coexisten y conviven con los reguladores nacionales y con los organismos e instituciones supranacionales y que, en este sentido, evidencian la emergencia de escenarios de conflictividad diversos a aquellos que encontraban respuestas en el modelo administrativo clásico.

Todo ello aboca a la búsqueda de nuevos cauces y medios de resolución de los conflictos administrativos que sean capaces de procurar una respuesta ágil y adaptada a la realidad social del momento. Se trata de mecanismos que pueden «desconflictivizar», hacer más ágil a la Administración, evitar la imparable acumulación de expedientes en sede judicial, lo que favorece también el cumplimiento de los criterios de eficacia y eficiencia. Ahora bien, es preciso apuntar que ni dan respuesta a todo ni deben permitirse en todo ni para todo, y que el ordenamiento jurídico no los prohíbe (Moreno Linde, 2016), sino que los va incorporando progresivamente. Esta incorporación y la posible intervención de protagonistas que no son Estado en la solución de los conflictos con la Administración refleja claramente un cambio de identidad del Estado (Esteve Pardo, 2013: 112). Hay quien ve en esta transformación de la Justicia una crisis de la misma, una crisis que no es sino una «crisis de confianza en el Estado» (Parejo Alfonso, 1989: 16). Era previsible que la llamada «crisis de la Justicia» arrastrara tras de sí a la propia Administración Pública¹¹, una manifestación de la «crisis» generalizada y en mayúsculas. Precisamente en tiempos de crisis se producen los movimientos, aparecen nuevas ideas y se revisan las estructuras, los modelos y, por supuesto, las normas¹².

3.1. INCORPORACIÓN LIMITADA DE LAS FÓRMULAS ADR. ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN

La primera cuestión es determinar por qué en determinado momento comienza a hablarse de mecanismos alternativos para resolver la conflictividad en el ámbito administrativo.

La ubicación de medios alternativos para resolver conflictos en el seno del Derecho público y, específicamente, en el de los conflictos administrativos es cuando menos controvertida. La razón no es otra que la propia naturaleza y la historia de las denominadas ADR, que implica que un tercero ajeno a las partes tenga la posibilidad de resolver los conflictos entre las mismas, conflictos que en este caso afectan a la Administración. Ello supone en toda regla una especie de cesión del poder de control de la Administración y la dejación en manos de un tercero ajeno a la misma la decisión de los conflictos¹³. Obviamente, la animadversión hacia la cesión a un tercero de la resolución de estos conflictos es lo que conllevó la prohibición de transigir, de pactar, de convenir. Con el paso de los años, la prohibición ha ido relajándose y poco a poco las leyes administrativas han ido incorporando esta posibilidad, siempre con el debido cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas.

Pues bien, pese a que existen numerosos ejemplos de normas del siglo XIX que reflejan la preocupación del legislador por recurrir a medios alternativos de resolución de conflictos con la Administración, hasta que se aprobó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) no se incorporó de manera expresa la posibilidad de recurrir a cauces distintos de los ya existentes para resolver los conflictos administrativos. Así, el entonces artículo 88.1 de la LRJPAC (actual artículo 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)) reconocía la posibilidad de que la Administración celebrase acuerdos, pactos, convenios o contratos tanto con personas de Derecho público como privado.

Por su parte, el artículo 107.2 de la LRJPAC incluyó la posibilidad de sustituir, mediante desarrollo legislativo, los recursos de alzada y reposición por otros procedimientos de impugnación como la conciliación, la mediación y el arbitraje. La virtualidad práctica de este precepto ha resultado ser escasa hasta la fecha; pese a ello, el legislador ha optado por reproducirlo en la actual LPAC.

La cuestión no fue ajena a la polémica doctrinal, derivada de las distintas concepciones de las potestades administrativas públicas. Lo que se buscaba era la interacción entre Administración y ciudadano —es decir, una Administración pactada—, sin que ello afectara al interés público ni al principio de legalidad al que está plenamente sometida la Administración.

La terminación convencional no pretende, por tanto, reconocer a la Administración autonomía de la voluntad, tal y como se conoce en el ámbito privado. Se trata simplemente de una fórmula orientada a evitar posteriores conflictos en sede jurisdiccional que trata de buscar el acuerdo entre las partes y garantizar, a su vez, un mayor grado de cumplimiento de los procedimientos (Ezeizabarrena Saenz, 2003: 253-254). Como hemos expuesto, las negociaciones entre la Administración y los administrados ya existían, pero no contaban con un procedimiento legal. Por tanto, la LRJPAC contribuyó también a procedimentalizar esa contractualización. En todo caso, dicha previsión normativa no deja de ser una norma abierta, sin eficacia directa, que remite en cada caso a la disposición aplicable.

Con esos antecedentes legales —caracterizados por el predominio de la figura de la mediación—, en el marco una sociedad globalizada que aspira a soluciones más ágiles, menos complejas y menos costosas, se abre la posibilidad de iniciar una nueva etapa.

La Directiva 2008/52/CE sobre mediación en materia civil y mercantil excluye de su ámbito de aplicación los «derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes» y añade en su artículo 1.2 que «no se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)». Pero que no se aplique la Directiva no significa que no sea posible, sino que la norma en cuestión refiere a asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, la Directiva reconoce que, en asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, así como en los de responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana, puede haber mediación *sensu contrario*. Es decir, hay mediación administrativa pero no es objeto ni de la Directiva de 2008 ni de la Ley nacional que desarrolla la misma (la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). Existe, por tanto, un reconocimiento de «convencionalidad», de «disponibilidad», en ciertos sectores de la Administración que pueden propiciar acuerdos, pactos, transacciones, mediaciones y, por ello, arbitrajes.

No parece, sin embargo, existir un criterio común entre los países de la Unión acerca de las materias que son susceptibles de ser sometidas a un procedimiento de mediación

administrativa. Cabe, no obstante, destacar que el 3 de mayo de 2007 se publicó un texto que, bajo el título «Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation»¹⁴, identificaba como materias susceptibles de mediación los actos administrativos individuales, los contratos, la responsabilidad civil y, en general, las reclamaciones de cantidad.

Lo cierto es que en nuestro país sí existen algunas normas autonómicas que buscan promover el recurso a la mediación en el ámbito del Derecho administrativo. Así, destaca la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria que reconoce que podrán someterse a mediación «las personas, físicas o jurídicas y públicas o privadas», siempre que el conflicto trate de una materia de libre disposición. Y en el mismo sentido, debemos destacar el proyecto de ley de mediación de la Comunitat Valenciana¹⁵, que en su exposición de motivos alude expresamente a la idoneidad de implementar los procedimientos de mediación en multitud de ámbitos, entre ellos el administrativo.

Este movimiento pro mediación ha encontrado apoyo en el Consejo General del Poder Judicial, que ha venido sosteniendo la necesidad de favorecer la resolución de los conflictos mediante fórmulas que eviten la formalización o la prolongación innecesaria de un proceso judicial¹⁶. El CGPJ ha trabajado progresivamente en la incorporación de la mediación —tanto la mediación administrativa como la mediación intrajudicial en el proceso contencioso-administrativo por derivación judicial (Etxeberria Guridi, 2016: 332-333)— y ha elaborado un Protocolo de actuación que contempla posible materias derivables a mediación y contiene un esquema de procedimiento que permita garantizar, en su caso, la mediación y los resultados alcanzados en la misma.

La propuesta del mencionado Protocolo de actuación fue el fruto de las reflexiones y conclusiones extraídas en el Seminario sobre mediación contencioso-administrativa celebrado en enero de 2011, en el que se llegó a la conclusión de que cualquier materia amparada en el Derecho administrativo podría ser susceptible de mediación, excepción hecha de aquellas que afectan a derechos fundamentales y al orden público o que perjudiquen a intereses de terceros. Por ello, la propuesta aludía simplemente a un catálogo de posibles materias, sin estipular una lista reglada (Pereira Pardo, Botana Castro y Fernández Muñíos, 2013: 167-168).

En el mismo sentido, el 9 de octubre de 2013 el Consejo General del Poder Judicial emitió el Protocolo de mediación contencioso-administrativa y se pronunció sobre las materias susceptibles (o no) de mediación.

Asistimos en este punto a un contexto peculiar en el que hay suficientes fundamentos legales para justificar la mediación intrajudicial, si bien no existe el soporte jurídico adecuado para desarrollarla, más allá de los proyectos piloto auspiciados por el Consejo General del Poder Judicial, que han supuesto un valioso bagaje para su puesta en práctica. Estos proyectos han enriquecido el panorama en la materia, poniendo de manifiesto que no solo es posible, sino, en muchos casos, conveniente impulsar el consenso, el pacto, el acuerdo, y que lo más adecuado es que la mediación intrajudicial se lleve a cabo a través de un facilitador o un equipo de facilitadores. Cabe destacar el proyecto piloto pionero de mediación intrajudicial en sede contencioso-administrativa llevado a cabo por la Fundación Valsain

en Canarias y posteriormente reproducido en otras Comunidades Autónomas como La Rioja o Cataluña; recientemente, se ha puesto en marcha una iniciativa de mediación intrajudicial en los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En efecto, el 30 de abril de 2013 la Fundación Valsaín y el Consejo General del Poder judicial suscribieron un Convenio marco pionero para la implementación de la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo, así como un acuerdo para el desarrollo del proyecto piloto de mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias. Este proyecto piloto obtuvo resultados positivos, especialmente en los procedimientos de ámbito local relativos a reclamaciones de responsabilidad patrimonial y a expedientes de expropiación forzosa. A la vista de sus resultados positivos, el proyecto se ha extendido a otras Comunidades Autónomas.

En la doctrina administrativa ya hay posiciones pro mediación, aun con los límites propios del ámbito objetivo y subjetivo y asumiendo la situación de desigualdad entre las partes en conflicto como consecuencia, precisamente, de la «prerrogativa administrativa y la relación general y especial de sujeción en la que se encuentran los sujetos privados frente a la Administración»¹⁷; este elemento debe jugar su papel en el diseño del modelo de mediación administrativa.

Basta acudir a la casuística de situaciones conflictivas en las relaciones de los ciudadanos con la Administración para reparar en que, como apunta Carballo Martínez, «la Administración tiene una presencia exorbitante en la vida pública y en las personas», de manera tal que, efectivamente, debe tratar de asegurar el bienestar a través de la «calidad y eficiencia en la gestión de los servicios públicos» (Carballo, 2013: 3). Por ello, continúa el autor, «la tensión entre servicio público y deberes públicos ciudadanos, junto con la difícil tarea de ponderar derechos e intereses, conduce con frecuencia a un acusado nivel de conflictividad en nuestro sistema de garantías, convirtiéndose la jurisdicción contencioso-administrativa en el enclave ordinario en el que los ciudadanos dirimen sus discrepancias». En ese escenario podemos encontrar numerosas situaciones —muchas de ellas descritas por Carballo— como el silencio administrativo negativo, la inactividad de la Administración, la huida del Derecho administrativo, las situaciones de hecho con efectos jurídicos, la falta de motivación en las decisiones administrativas, la ausencia de transparencia en ciertos casos o, como señala este autor, «las distintas versiones que la potestad discrecional encarna como alternativa a una concurrencia de decisiones posibles desde la perspectiva del Derecho» (Carballo, 2013: 3). En todas estas situaciones se afectan inevitablemente los derechos de los ciudadanos y este es precisamente el marco en el que la mediación podría favorecer el verdadero respeto de lo que la Carta de los Derechos de la Unión Europea (2007/C 303/01) ha denominado, en su artículo 41, el «derecho de buena administración»¹⁸.

Tendríamos, por tanto, que ubicar la mediación administrativa en el marco del respeto al derecho de los ciudadanos a una buena Administración, una Administración que no se limite a regular mediante normas, sino que brinde también los medios adecuados para que el ciudadano pueda plantear su disconformidad a través de mecanismos alternativos a los

procedimientos administrativo y contencioso-administrativo en un entorno de respeto del principio de seguridad jurídica.

Frente a esta opinión podría sostenerse que el Derecho administrativo ha sobrevivido históricamente sin incorporar la mediación administrativa, ofreciendo el procedimiento administrativo o la jurisdicción contencioso-administrativa para la tutela de los derechos de los administrados, y que, por tanto, la introducción de un modelo consensuado podría frustrar los principios sustanciales del Derecho administrativo. Ahora bien, la mediación administrativa introduce grandes dosis de modulación e interpretación —en un marco de absoluto respeto de la legalidad— de los fines de la Administración, integrando claramente el interés general —finalidad obvia de la Administración— con la buena gobernanza administrativa así como con la necesidad de que, como apunta Gil-Robles, «en la sociedad actual [...] la Administración se convierta en una administración relacional que promueva la confianza de los ciudadanos, escuchando y reconociendo sus diferencias, sin olvidar los intereses público» (Gil Robles, 2012: 40). Con la incorporación de la mediación administrativa trataría de crearse lo que este autor denomina «una relación diferente entre la Administración y la sociedad, un modo de abordar los conflictos que surjan en el diseño y aplicación de las políticas públicas a través del diálogo y la búsqueda de soluciones satisfactorias para las partes implicadas». Es posible caracterizar a la mediación administrativa como una vía para que los conflictos puedan plantearse bajo el paraguas de dos pilares esenciales —la legalidad y la equidad—, pero con una clara vocación de integrar a los ciudadanos en la solución de los conflictos administrativos a fin de lograr el «reequilibrio entre la relación administrativa y la participación ciudadana» (Boumakani, 2003: 884) o de reforzar la confianza del ciudadano en la Administración (Carballo, 2013: 5).

La idea de participación ciudadana casa muy bien en un modelo no litigioso como la mediación, que no solo cumpliría una función de integración de los ciudadanos en la búsqueda de las soluciones a los conflictos jurídicos en los que estuvieran involucrados, sino que también propiciaría una función preventiva de los conflictos entre la Administración y los sujetos afectados por la actuación de esta¹⁹. Asimismo, permitiría hablar de los dos tipos de mediación: por un lado, la mediación en sede meramente administrativa, que ya estaba amparada por el derogado —pero en aquel momento significativo— art. 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precepto que permitía la sustitución del recurso de alzada y del recurso de reposición por otros mecanismos, entre los que citaba expresamente la mediación (además de la conciliación y el arbitraje), teniendo presente el vigente artículo 86.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Terminación convencional); por otra parte, la mediación intraprocesal por derivación a mediación desde los órganos jurisdiccionales, en la que la intervención judicial ofrece garantías a efectos de evaluar cuándo será conveniente la misma, aun cuando debiera existir un régimen de autorización en la toma de decisiones de la Administración que faculte a sus representantes legales para allanarse o transigir en sede judicial²⁰. A pesar de que no existe una regulación específica en esta materia, los artículos 77, 112 y 114 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común ofrecen una habilitación legal, aunque incompleta, a la misma. A todos estos preceptos hay que añadir la Recomendación R (2009) 1, del Comité de Ministros

del Consejo de Europa, sobre los modos alternativos de resolución de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, norma vinculada a la Recomendación (86)12 del propio Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a determinadas medidas orientadas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Ambos textos ponen de relieve el impulso realizado desde Europa para la implementación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles desde la aprobación de la Directiva 2008/52/CE.

3.2. ARBITRAJE

La aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992 incorporó la posibilidad de recurrir a otros cauces, entre ellos al arbitraje, para resolver los conflictos con la Administración, aunque, como hemos adelantado, esta previsión ha tenido escasa virtualidad práctica hasta la fecha. Pese a ello, el legislador ha reproducido dicha previsión en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015. Por tanto, en la actualidad sí existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que prevé expresamente el recurso al arbitraje en la resolución de conflictos administrativos. Esta norma habilitante ofrece una posibilidad formal de incorporación del arbitraje. Pero no se trata de un arbitraje equivalente a la vía jurisdiccional, sino de un arbitraje alternativo a la vía administrativa que sustituiría a los recursos de alzada o de reposición y cuya decisión sería posteriormente recurrible ante los tribunales de Justicia.

Adicionalmente, conviene destacar que en el año 2001 se presentó un borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo, texto que presentaba una propuesta de regulación de la institución. El borrador encuadraba en el concepto de arbitraje administrativo no solo la vía alternativa a los recursos administrativos, sino también la vía alternativa a los recursos contencioso-administrativos. Es decir, aun cuando partía de la previsión contenida en la LRJPAC, el borrador incorporaba elementos esenciales del arbitraje común, entre ellos el carácter de cosa juzgada del laudo que se dictase. El borrador, empero, no tuvo mayor recorrido.

Debemos plantearnos si es constitucional admitir el recurso al arbitraje en materias de Derecho administrativo. Lo cierto es que, aun cuando referido al arbitraje de Derecho privado, el Tribunal Constitucional no solo ha declarado que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», sino que también reconoce su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, entendiendo que únicamente pueden considerarse constitucionalmente inadmisibles aquellos obstáculos al enjuiciamiento del fondo de un asunto que sean innecesarios y excesivos y que carezcan de cualquier razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, no debe olvidarse que en Derecho administrativo entran el juego los artículos 24, 103 y 106 de la Constitución española a los que ya nos hemos referido. El análisis de las distintas perspectivas doctrinales sobre la compatibilidad de una potencial vía arbitral con dichos preceptos nos ha llevado a concluir que debe primar una lectura extensiva del artículo 106.1 CE de acuerdo con la cual la referencia a los «tribunales» no necesita ser interpretada literalmente, sino que debe entenderse desde la necesidad de con-

trolar la actividad de la Administración sin dejar áreas exentas de control y siempre desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas. No obstante, también hemos concluido que no es posible aceptar un arbitraje administrativo obligatorio y que es necesario delimitar la arbitrabilidad o no del objeto de la controversia, garantizando en todo momento el respeto al interés público.

Efectivamente, la previsión de la Ley de Procedimiento Administrativo Común constituye una oportunidad, hasta el momento poco aprovechada, de instaurar mecanismos alternativos a los recursos administrativos en las materias que así lo permitan. Dicho arbitraje sería un arbitraje impropio, con las características y principios del procedimiento administrativo que no impide un posterior recurso en sede judicial contra la decisión arbitral —decisión que pone fin a la vía administrativa, pero que no tiene efectos de cosa juzgada—.

El arbitraje podría ser una buena alternativa ante la evidente crisis de los recursos administrativos ordinarios, que actualmente sirven de instancia previa a la vía jurisdiccional, pero no la evitan, y cuyo porcentaje de estimaciones extraordinariamente bajo propicia la desconfianza hacia esta vía.

A diferencia de este modelo arbitral, el verdadero arbitraje de Derecho administrativo, auténtica alternativa a la vía judicial que daría lugar a una decisión con efecto de cosa juzgada, no tiene cobertura en la legislación vigente. Ello no constituye un obstáculo —y así lo hemos expuesto— para predicar su constitucionalidad, circunstancia que permite pensar, siquiera teóricamente, en un hipotético modelo de arbitraje administrativo. Ahora bien, entendemos que dicho arbitraje no puede ser presentado en términos puramente economicistas, puesto que ello llevaría a una desnaturalizada transformación privatista de la Justicia Administrativa que quebraría el fundamento y la naturaleza del sistema administrativo. Esta vía alternativa a la jurisdiccional debería plantearse como un mecanismo que otorgue garantías al ciudadano y una tutela realmente efectiva.

No podría, además, aceptarse su viabilidad con carácter general, ya que implicaría un cambio en la concepción política y una transformación total de la función de la Administración. Priorizar el arbitraje podría aportar indudables ventajas para el ciudadano —principalmente, la rapidez del procedimiento y la especialización de quienes resuelven—, aun a sabiendas de que en otros casos no es ni debería ser la vía más recomendable.

4. CONCLUSIÓN

La irrupción de los medios alternativos de resolución de los conflictos con la Administración es hoy una realidad. Pese a la existencia de referencias concretas en las normas del siglo XIX, lo cierto es que hasta el año 1992 no se incorporó de manera efectiva al ordenamiento la posibilidad de recurrir a estos cauces —mediación, conciliación y arbitraje— como mecanismos sustitutivos de los recursos de alzada y reposición para resolver los conflictos con la Administración.

Actualmente, el arbitraje no goza de ninguna virtualidad práctica en el ordenamiento administrativo —más allá de las previsiones legislativas—, mientras que la mediación administrativa se encuentra más avanzada. Se trata del ejemplo más claro de incorporación de los medios alternativos de resolución de conflictos al Derecho administrativo; de hecho, se han puesto ya en marcha diversos proyectos pilotos para su implantación.

Por lo que respecta al arbitraje, probablemente todavía haya que reflexionar mucho y por largo tiempo sobre las diversas aristas del posible modelo arbitral que permita resolver conflictos de Derecho administrativo: los principios, los procedimientos, los órganos y, fundamentalmente, los efectos jurídicos de la decisión. Todo ello sin olvidar que el arbitraje puede ser un interesante instrumento procesal, pero que no por ello ha de eliminarse la protección que el Estado debe procurar a los ciudadanos bien a través de la ley, bien a través de los tribunales.

Planteamos, por tanto, la incorporación del arbitraje administrativo en dos tiempos o a dos velocidades: un primer momento en el que, aprovechando el artículo 112.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se lleve a cabo un desarrollo normativo posterior para viabilizar el arbitraje como alternativa a la vía administrativa; la idea de que el arbitraje puede ser una vía eficaz y fiable para la resolución de los conflictos administrativos podría así calar en los operadores jurídicos, la sociedad e incluso la propia Administración. Tras este primer paso, podría llegar a avanzarse hacia el ideal de configuración de un arbitraje administrativo como alternativa a los tribunales de Justicia.

NOTAS

1. «Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución».
2. «[...] No conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial [...]».
3. Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que marcó un cambio de trayectoria fue la STC 22/1984, de 17 de febrero: «Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que, a través de sus órganos competentes, procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución».
4. En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 dispuso en su artículo 1: «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» (cursiva mía).
5. Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo; Ley 11/2015, de 18 de junio; Ley 22/2015, de 20 de julio; Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio; Ley 26/2015, de 28 de julio; Ley 34/2015, de 21 de septiembre; Ley 42/2015, de 5 de octubre.

6. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme_explicativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_Contentioso.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Secciones+especializadas>.

7. Entendido como Estado moderno, dado que, como señala Habermas, en la sociedad europea de la Alta Edad Media «no hay informe que permita hablar de una esfera de lo público como espacio propiamente separado de lo privado [...]. Mientras que el príncipe y sus estamentos son el Estado, en lugar de representar en el sentido amplio y moderno de la palabra, no pueden sino asumir funciones mínimas de representación, ya que ellos representan la dominación, pero no al pueblo frente al pueblo». Los poderes feudales (iglesia, principado y estamentos de los señores), de los cuales dependen en primer lugar la esfera representativa de lo público, se disgregan en un largo proceso de polarización; hasta el final del siglo XVIII se desintegran en elementos privados los unos, y en públicos los otros. Así es como la esfera representativa de lo público retrocede ante la nueva esfera de cada «poder público» naciente con los estados nacionales y territoriales, y con ello se va generando un concepto diverso que va asentando y vinculando lo público al nacimiento de un Estado con equilibrio de poderes (Habermas, 1973).

8. En este Estado liberal el catálogo de derechos fundamentales es un arquetipo y la sociedad es concebida como un espacio autónomo frente a un poder público limitado a funciones mínimas. El interés general, señala Habermas, «pareciera entonces estar garantizado bajo las condiciones de una sociedad de libre circulación de mercancías, pues el intercambio de los hombres privados en el mercado de los poderes sociales y en la esfera de lo público de los poderes políticos, ha sido emancipado» (Habermas, 1973).

9. Eucken defendía el principio de la «interdependencia» entre Estado y el orden económico (*Interdependenz der Ordnungen*), que llevaba a la necesidad de que se mantuviera la libre competencia para que el Estado pudiera fluir y desarrollar sus funciones; sin embargo, consideraba que el Estado había perdido su «autoridad», lo cual no afectaba a la necesidad de que el Estado actuara, siempre que lo hiciera bajo los principios del orden económico.

10. Aun cuando, a juicio de algunos autores, especialmente de la doctrina alemana, el resultado ha sido la configuración de la denominada *economía social de mercado*, que se dirige a alcanzar un equilibrio entre la economía de mercado y los fines sociales del Estado (el ordoliberalismo) (Cárdenas y Teuchler, 1993).

11. «Todo ello se inscribe en la actual crisis de Estado social, con la generalización en la ciudadanía de sentimientos de insatisfacción e inseguridad sobre el actual modelo de desarrollo socioeconómico y, por ende, en las instituciones que lo dirigen, nos hallamos ante una auténtica crisis de confianza del Estado» (Parejo Alfonso, 1989).

12. De ahí la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que, pese a los esfuerzos, no consiguió todos los resultados pretendidos. No obstante, como era de esperar, los logros alcanzados por la misma también fueron destacados por la doctrina administrativista (entre otros, Arroyo Yanes, 2010: 155).

13. A este respecto sería interesante analizar precisamente las dificultades que tuvo en España la creación de órganos jurisdiccionales unipersonales que pudieran fiscalizar la actividad administrativa, por cuanto en un Estado como el franquista no tenía sentido que los tribunales pudieran controlar la actividad de la Administración; una Administración que se bastaba y servía y que no permitía ni la transparencia ni la revisión de sus decisiones. De hecho, la aparición del orden contencioso-administrativo es el resultado de la negativa al sometimiento de «lo administrativo» a la jurisdicción civil.

14. Disponible en: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2007\)12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2007)12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6&direct=true)>., p. 170.
15. Disponible en: <<http://www.justicia.gva.es/documents/162330279/165417885/Llei+de+Mediaci%C3%B3%20CAST.pdf/74b36ab1-bfce-41ae-a504-c08ddd5a263>>.
16. Ejemplos de esa búsqueda de fórmulas alternativas se recogen, entre otros, en *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.
17. Así lo afirma de forma clarificadora la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* (CGPJ, 2013: 168).
18. El art. 41.1 dispone expresamente: «Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable».
19. Como señala la última de las Conclusiones del Seminario La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa, celebrado en mayo de 2013 en el Consejo General del Poder Judicial: «La mediación 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».
20. Conclusión Quinta del Seminario La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa, dirigido en el por Concepción García Vicario y Gerardo Carballo Martínez y celebrado en el Consejo General del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO YANES, Luis Miguel (2010): «La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa», en M. Zambonino Pulito, (dir.), *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, Madrid: Iustel.
- BARONA VILAR, Silvia (2017): *El proceso penal desde la Historia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018): *Nociones y principios de las ADR*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BETANCOR, Andrés (1992): *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2010): *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- BOUMAKANI, Benjamin (2003): «La Médiation dans la vie administrative», *Revue du Droit Public*, 3.
- CAILLOSSE, Jacques (1993): «Le manager entre dénégation et dramatisation du droit», *Politiques et management public*, vol. 11.
- CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo (2013): «La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, enero.
- CÁRDENAS, Julio y Hartmeut TEUCHLER (eds.) (1993): *La economía social de mercado. Un orden económico eficiente con responsabilidad social*, Managua: Konrad Adenauer Stiftung.
- CASSESE, Sabino (2014): *Derecho administrativo: Historia y Futuro*, Sevilla: Global Law Press.

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013): *Guía para la práctica de la mediación intra-judicial*, Madrid: CGPJ.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1995): *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Cizur Menor: Aranzadi.
- DESDENTADO DAROCA, Eva (1999): *La crisis de identidad del Derecho administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ESTEVE PARDO, José (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid: Marcial Pons.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, (2016): «La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades», en S. Barona Vilar (dir.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- EZEIZABARRENA SAENZ, Xabier (2003): «La terminación convencional del procedimiento de evaluación de impacto ambiental», *Revista de Administración Pública*, 160, enero-abril.
- FALCÓN Y TELLA, M. José (2005): *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- FIZ ZAMUDIO, Héctor (1983): *Concepto y contenido de la Justicia Administrativa* [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/10.pdf>>.
- GARCÍA ALVAREZ, Gerardo (2014): «La Unión Europea como “Estado regulador” y las Administraciones independientes», *Revista de Administración Pública*, 194, mayo-agosto.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo (1962): «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 38.
- (1974): «La formación histórica del principio de autotutela de la Administración», *Moneda y crédito*, 128.
- (1981): *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Madrid: Taurus.
- (1995): *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid: Civitas.
- (1996): *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid: Civitas.
- (2001): *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ (152011): *Curso de Derecho administrativo I*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- GARCÍA MACHO, Ricardo y José Luis BLASCO DIAZ (2005): «Autotutela administrativa», en S. Muñoz Machado (dir.), *Diccionario de Derecho administrativo, Tomo I*, Madrid: Iustel.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1989): «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», *Revista de Administración Pública*, 119, mayo-agosto.
- GIL ROBLES, Álvaro (2012): «La mediación administrativa como alternativa», *Revista Poder Judicial*, 94.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1992): «La situación actual de la Justicia administrativa», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 69.
- (1994): «Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa», *Revista española de derecho administrativo*, 83.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2001): *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes. Privatización, liberalización, regulación pública y derecho de la competencia*, Granada: Comares.
- HABERMAS, Jürgen (1973): «La esfera de lo público», en *Íd., Kultur und Kritik*, Frankfurt a. Main: Ed. Suhrkamp, traducido por Francisco Galván Díaz y publicado en *La crítica social en Touraine y Frankfurt*, Madrid: UAM-UAP [en línea] <<http://148.206.53.230/revistasuam/dialectica/include/getdoc.php?id=307&article=328&mode=pdf>>.
- KINGSBURY, Benedict y Richard STEWART (2016): *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla: Global Law Press.

- LÓPEZ DÍAZ, María (2006): «La administración de la justicia señorial en el antiguo régimen», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (2005): «Vía de hecho», en S. Muñoz Machado (dir.), *Diccionario de Derecho administrativo, Tomo II*, Madrid: Iustel.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2006): «El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional», *Revista General de Derecho Administrativo*, 11.
- MESTRE, Jean-Louis (1976): *Un Droit Administratif à la fin de l'Ancien Régime. Le contentieux des Communautés de Provence*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- (1985): *Introduction Historique au Droit Administratif Français*, Paris: Presses Universitaires de France.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2004): *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- MORENO LINDE, Manuel (2016): «El arbitraje en el ámbito administrativo. En especial, en la contratación pública», en F. López Ramón (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I y III Historia de las instituciones jurídico-administrativas I*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- PADRÓS REIG, Carlos y Joan ROCA SAGARRA (1995): «La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 136, enero-abril.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1989): «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», *Documentación Administrativa*, 218-219.
- (1991): *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid: CEC.
- (1993): *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid: Tecnos.
- (2012), *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, Sevilla: Global Law Press.
- PEREIRA PARDO, María del Carmen, Vanesa BOTANA CASTRO y Beatriz FERNÁNDEZ MUIÑOS, (2013): *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, Colección Práctica de Mediación, Madrid: Dykinson.
- ROMANO, Ruggiero y Alberto TENENTI (1971): *Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento*, Madrid: Siglo XXI.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2005): *Derecho administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2015): *Principios de Derecho administrativo general. I*, Madrid: Iustel.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1969): *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid: Guadarrama.
- TORNOS MAS, Joaquín (1995): «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 136, enero-abril.
- WEIL, Prosper (1986): *Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas.

Fecha de recepción: 24 de julio de 2018.

Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.