

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

ISABEL COVADONGA BALLESTEROS PANIZO: *El arbitraje de Derecho Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, 210 págs.

El libro del que damos noticia es fruto de la tesis doctoral con mención europea defendida por la doctora Ballesteros Panizo en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional en Cataluña, tesis doctoral que obtuvo la máxima calificación académica por unanimidad con recomendación de su publicación, publicación que ahora ve la luz.

I. En la obra se analiza la institución del arbitraje en el ámbito del derecho público con tres objetivos claros: determinar si el arbitraje de derecho público tiene encaje en la Constitución española que encomienda a los tribunales de justicia la función de controlar la legalidad de la actuación administrativa y su sujeción al principio de legalidad; conocer si el arbitraje está reconocido en el ordenamiento jurídico público español, con qué forma y qué alcance y, por último, analizar qué controversias de derecho público son o no arbitrables, y en caso afirmativo cuál sería el criterio de arbitrabilidad jurídicamente válido.

II. Para responder a todas estas cuestiones, la autora utiliza un índice propio del derecho francés. Esto es, dos partes y una exquisita ordenación de los temas a tratar y de las ideas que plantea y que resuelve. No en vano, parte de su trabajo fue escrito originariamente en esa lengua.

En el capítulo primero analiza el arbitraje de derecho público examinando, entre las cuestiones más destacadas, su concepto, naturaleza jurídica, notas determinantes, distinción entre otras figuras afines, fundamento y ventajas del arbitraje. En el capítulo segundo examina la admisibilidad del arbitraje de derecho público y la Constitución española de 1978. En un capítulo tercero examina la distinta legislación administrativa vigente en la materia con especial atención a los arts. 86 y 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas; la legislación sobre contratación pública y la legislación de patrimonio de las administraciones públicas. En este capítulo, también distingue la actividad arbitral de la Administración pública del arbitraje de derecho administrativo.

En la parte segunda examina el objeto del arbitraje de derecho público que es, sin duda, la cuestión más importante que tiene planteado el arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, analiza la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje aplicando sus conclusiones al arbitraje de derecho público.

Todo este esquema hace que el lector entienda perfectamente cuáles son los problemas y cuáles son las soluciones que, en ocasiones, apasionadamente, refleja su autora.

III. Y es que el tema del arbitraje de derecho administrativo está nuevamente en el candelero de las necesarias actuaciones del legislador en el ámbito del control de la Administración pública.

En efecto, la Ley de Procedimiento Administrativo de 2015 se ha negado a mejorar la calidad democrática de nuestro Estado de derecho, sometiendo a las administraciones públicas a un auténtico control de legalidad de sus actos y facilitando la vida de los ciudadanos, aligerando las cargas que estos soportan. En este sentido, no se ha modificado el sistema general de recursos administrativos ni se ha introducido, de una vez por todas, una estructura de comisiones administrativas independientes, no se ha querido que los recursos fueran potestativos superando la obligatoriedad del recurso de alzada ni se han acortado los plazos para su tramitación y resolución. Y, además, los matices que se han incluido son de todo punto inaceptables en el Estado de derecho.

Así, por ejemplo, las causas de inadmisión de los recursos previstas en el art. 106 de la LPAC o las limitaciones en materia de pruebas recogidos en el art. 118.1 *in fine* de la LPAC causan extrañeza al operador jurídico. Y en ese sombrío panorama no se ha querido potenciar los medios de resolución alternativa de los conflictos, entre los que destaca el arbitraje de derecho administrativo.

Todo ello influye de manera negativa en el control efectivo de la Administración y de sus actos, tanto en vía administrativa como en vía contencioso-administrativa. En esta última, las reformas legislativas que se han ido planteando causan también tristeza (instauración del sistema de tasas, de costas al que pierde el recurso y configuración del recurso de casación con la célebre expresión del «interés casacional» para su admisión como una cuestión formalista absolutamente discrecional que difícilmente cumple los requisitos de la tutela judicial efectiva en el Estado de derecho).

En ese panorama, en donde debe enmarcarse una potenciación del arbitraje de derecho administrativo como un medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración que acuerda someter las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición a varios árbitros.

IV. Sin perjuicio del análisis que hace el libro de la profesora Covadonga Ballesteros sobre cuestiones como el procedimiento arbitral, el carácter alternativo u optativo de los recursos y otras cuestiones, la dificultad mayor que ha encontrado el arbitraje es su propio encaje y admisión en el derecho público. En el ámbito de aplicación material, los detractores de esta figura entienden que la Administración nunca puede someterse a arbitraje, pues el principio de legalidad, el sometimiento a la Ley, se lo impide. Siguiendo esta línea argumental, no existe materia de libre disposición por parte de la Administración en ningún ámbito del ordenamiento jurídico, por cuanto la Administración únicamente puede aplicar la Ley. Y, por tanto, no cabría el arbitraje de derecho público, pues ese es el requisito inicial. Este es el escollo que cualquier estudio sobre el arbitraje de derecho público debe solventar con carácter inicial.

La autora del libro, después de un análisis minucioso de las distintas posturas, entiende que son susceptibles de arbitraje de derecho público aquellas pretensiones fundadas en la afirmación, por parte del administrado, de la titularidad de un derecho subjetivo típico o de un interés legítimo individual (auténtico derecho subjetivo), y siempre y cuando dicho derecho o interés legítimo no afecte a los intereses de terceros.

Así, en aquellos supuestos donde se da una relación jurídico-pública fundada en un derecho subjetivo de carácter individual, allí donde la actividad o inactividad de la Administración pública provoca el nacimiento en el administrado de un derecho subjetivo o interés legítimo concreto que solo afecte a la esfera jurídica vital del administrado; en esos casos, siempre que exista una habilitación legal y que el ciudadano así lo solicite expresamente, será adecuado el arbitraje, aun cuando el derecho a aplicar tenga un carácter público. Esta opción incluiría todas aquellas cuestiones presentadas como arbitrables por los autores partidarios de una lista cerrada de materias que serían, básicamente, las surgidas en aplicación e interpretación de toda clase de convenios, pero sería más amplia. El único límite objetivo al arbitraje, según la profesora Covadonga Ballesteros, es el que establece el principio de no afectación a terceros, que se deriva, de una parte, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, de otra, del principio de voluntariedad del arbitraje, el cual encuentra su justificación en el principio de disponibilidad. Así, no podrán someterse a arbitraje las pretensiones en que los intereses de terceros se vean afectados a menos que esos terceros hayan consentido o solicitado el arbitraje.

V. En definitiva, un trabajo riguroso, claro y valiente que a buen seguro reabrirá el debate sobre la necesidad de instaurar el arbitraje de derecho administrativo como un sistema rápido y eficaz de control de la actuación de las administraciones públicas. Con esta publicación, la profesora Covadonga

Ballesteros se ha ganado un futuro académico prometedor que irá fraguando en los próximos meses.

Joan Manuel Trayter Jiménez
Universitat de Girona

MOISÉS BARRIO ANDRÉS: *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la Red*, INAP, Madrid, 2017, 186 págs.

1. La irrupción de Internet y su creciente expansión mundial como una infraestructura global de comunicaciones cableadas e inalámbricas —que, según el autor, conecta ya a más de 3000 millones de personas y dispositivos juntos (pág. 21)— ha supuesto un profundo impacto para derecho en el doble sentido de su regulación y también en cuanto elemento de transformación de la propia concepción de la idea del derecho y de sus instituciones dogmáticas. Tras una aspiración de autorregulación o de no invasión por el derecho estatal, que tuvo lugar a principios de los años noventa del siglo pasado en Estados Unidos reivindicado por grupos llamados «ciberlibertarios», la realidad de los hechos finalmente se ha ido imponiendo y el derecho ha penetrado, aunque haya sido a través de normativas fragmentarias o sectoriales y muy acuciadas por la inmediatez de las demandas de regulación y las siempre nuevas emergencias tecnológicas. Aun cuando esta regulación presenta distintos niveles de densidad y en algunos sectores todavía están prácticamente huérfanos de penetración, lo cual, a su vez, impide una visión global del problema de fondo, lo que sí se está produciendo es una progresiva aproximación a través de las grandes ramas o disciplinas jurídicas. El propósito del autor es precisamente acotar y explorar la posibilidad de un sólido anclaje de la problemática de las distintas perspectivas que ofrece Internet en el marco del derecho público, y especialmente en el derecho administrativo.

Para llevar a cabo este objetivo, que Barrio Andrés denomina como «la lucha por la regulación jurídica de Internet», como primera etapa describe el proceso de incubación, desarrollo e implantación de Internet con gran destalle de sus elementos de orden técnico y social, tanto en Estados Unidos como en Europa, y en particular en España, para extraer aquellos elementos constitutivos inherentes al derecho público o que deben asignarse inexorablemente a esta rama del ordenamiento jurídico en sus diferentes estratos. Una vez detectados estos elementos constitutivos, el autor pasa a profundizar, primero, la función normativa regulatoria en Internet, y posteriormente la vertiente administrativa de esta regulación desde la perspectiva de su infraestructura física. Desde la perspectiva normativa se atiende a verificar a nivel de derecho comparado, lo