

**MADRID**

Castellana, 216  
28046 Madrid  
Tel.: (34) 91 582 91 00

**BARCELONA**

Diagonal, 640 bis  
08017 Barcelona  
Tel.: (34) 93 415 74 00

**BILBAO**

Alameda Recalde, 36  
48009 Bilbao  
Tel.: (34) 94 415 70 15

**MÁLAGA**

Marqués de Larios, 3  
29015 Málaga  
Tel.: (34) 952 12 00 51

**VALENCIA**

Gran Vía Marqués  
del Turia, 49  
46005 Valencia  
Tel.: (34) 96 351 38 35

**VIGO**

Colón, 36  
36201 Vigo  
Tel.: (34) 986 44 33 80

**BRUSELAS**

Avenue Louise, 267  
1050 Bruselas  
Tel.: (322) 231 12 20

**LONDRES**

Five Kings House  
1 Queen Street Place  
EC 4R 1QS Londres  
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

**LISBOA**

Avenida da Liberdade, 131  
1250-140 Lisboa  
Tel.: (351) 213 408 600

## EL NUEVO "ARBITRAJE" ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS ENTES INSTRUMENTALES

**Blanca Lozano Cutanda**

*Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

La Ley 11/2011, de 23 de mayo, además de introducir importantes modificaciones en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (que son objeto de otro análisis), ha creado un procedimiento para la resolución de conflictos entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales, o entre dos o más de ellos.

La disposición adicional única de la Ley, que lleva por título "controversias jurídicas entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos", instaura un procedimiento para la resolución de conflictos entre entes institucionales o societarios públicos que, en la mayoría de los casos, tenían vedado con anterioridad el acceso a los tribunales. No puede decirse, por ello, que estemos ante un sistema de arbitraje propiamente dicho, entendido como un cauce alternativo a la vía judicial.

### 1. **Ámbito de aplicación: la cuestionable institucionalización de las controversias entre la Administración y sus entes instrumentales**

El nuevo procedimiento se aplica a las controversias jurídicas que se susciten entre:

1. La Administración General del Estado y los siguientes organismos públicos:
  - a) Los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales regulados en el título III de la Ley 6/1997, de Organización

y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE en adelante)

- b) La Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes.
- c) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- d) Otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente.

2. Dos o más de estos entes públicos entre sí.

3. Las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias.

La mayoría de estos entes instrumentales tienen ahora, como hemos adelantado, vedado el acceso a los tribunales para resolver las controversias que se someten a este procedimiento específico.

Así ocurre con los organismos públicos regulados en el título III de la LOFAGE. En virtud de lo dispuesto por el artículo 20 c)

de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA): "no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública (...) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración". La LJCA incorporó en este precepto la solución adoptada por la jurisprudencia anterior, que entendía que si bien los organismos públicos dotados de personalidad jurídica diferenciada ostentan legitimación activa y pasiva para estar en toda clase de procesos y ejercer toda clase de acciones, como las restantes personas jurídicas, tal legitimación no es suficiente para que puedan impugnar los actos de la Administración matriz debido al vínculo de dependencia funcional existente.

El sistema de resolución de controversias que ha creado la Ley 11/2011 no puede, por tanto, calificarse en estos casos como arbitraje en sentido propio. Se trata, más bien, de un procedimiento de solución de conflictos equiparable a los ya existentes para resolver las controversias entre distintos órganos de la Administración General del Estado: los conflictos entre órganos pertenecientes al mismo departamento ministerial, denominados "conflictos de atribuciones", que son resueltos por el superior jerárquico común (disposición adicional de-

cimocuarta de la LOFAGE), y los conflictos interministeriales, cuya resolución se atribuye al Presidente de Gobierno, previa audiencia del Consejo de Estado (art. 2.2.l de la Ley 50/1997 del Gobierno, y 27.7 de la Ley Orgánica 3/1980 del Consejo de Estado). La regulación que nos ocupa debería, por ello, haberse introducido en la LOFAGE; el que se añada a una Ley de arbitraje y pretenda calificarse como tal no es sino una prueba más de la preocupante degradación de la calidad de nuestras leyes.

Resulta, por otro lado, cuestionable la necesidad de introducir un procedimiento "arbitral" para la resolución de conflictos entre los entes instrumentales y su Administración matriz, equiparándolos en cuanto al órgano competente para su resolución a los conflictos interadministrativos, cuando lo cierto es que se trata de organismos plenamente sometidos a las facultades de dirección y control de la Administración de la que dependen <sup>1</sup>. En donde la independencia y personalidad propia de los organismos públicos estatales se refleja más ficticia que real es en el nombramiento de sus órganos directivos. Los titulares de titulares de los Organismos autónomos y las Entidades Públicas Empresariales son nombrados discrecionalmente por el Gobierno y no es infrecuente, incluso, que al frente de los Organismos autónomos se sitúen las mismas personas que ostentan la titularidad de los órganos superiores de la Administración del Estado, produciéndose una coincidencia personal en la titularidad de unos cargos y otros.

---

<sup>1</sup> La LOFAGE dispone que los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales *dependen de un Ministerio*, al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad, a través del órgano al que estén adscritos (art. 42.2). Las Agencias Estatales (creadas por la Ley 38/2006, de 18 de julio), gozan de un mayor nivel de autonomía en la gestión, en cuanto las funciones de dirección estratégica, evaluación y control de sus resultados y de su actividad se adscriban se articulan a través del Contrato de gestión de carácter plurianual, con lo que se quiere objetivar la dirección de estas Entidades por la Administración estatal de la que dependen, pero este Contrato no deja de ser aprobado por orden conjunta del Ministerio del que depende a Agencia y de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda.

Tampoco gozan de una autonomía que justifique la introducción de un cauce institucional para la resolución de las controversias las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas.

Interesa señalar que es precisamente la falta de autonomía la que permite que, en el caso de la mayoría de estos organismos, sociedades o fundaciones, se considere en el ámbito contractual que existe una operación cuasi interna o contratación *in house* no sometida a la normativa sobre contratación pública si reciben un encargo de la Administración de la que dependen o para la que realizan la parte esencial de su actividad, cuando ésta ostente sobre los mismos "un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios" (arts. 4.1.n y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público).

Resulta difícilmente explicable, desde esta perspectiva, que si una Administración o ente público ejerce sobre un organismo o empresa pública un "control análogo" al que ostenta sobre sus propios servicios, pueda ni siquiera plantearse una controversia que precise de un órgano externo y de un cauce formalizado para su resolución.

Esta "institucionalización" de las controversias que introduce la Ley 11/2011 puede entrañar algunos riesgos, como que se puedan plantear controversias sobre actos con efectos favorables para terceros, con el fin de eludir el procedimiento de revisión de oficio regulado por los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992<sup>2</sup>, o que se intente utilizar esta vía para eludir por completo la ya de por sí difícil imputación de responsabilidades a la Administración matriz respecto de sus entes instrumentales<sup>3</sup>.

Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación del nuevo procedimiento para la

<sup>2</sup> Ya se ha intentado, de hecho, utilizar la vía prevista en el artículo 44 de la LJCA, que regula los litigios entre Administraciones públicas, para intentar dejar sin efecto un acto declarativo de derechos, en un supuesto en el que el Tribunal Supremo declaró, confirmando la Sentencia recurrida en casación, que no procede utilizar el procedimiento regulado en este artículo para que el Ministerio de Medio Ambiente revoque una resolución a requerimiento de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, por pertenecer uno y otra a la misma Administración (del Estado), siendo así que este procedimiento está reservado a conflictos entre Administraciones Públicas distintas (STS de 26 de noviembre de 2008, recurso n.º 5875/2004). En el caso del procedimiento de resolución de controversias de la Ley 11/2011, ha de considerarse que estamos ante un sistema de resolución de conflictos puramente interadministrativos, y que cuando como consecuencia de un acto administrativo se vean afectados derechos o intereses de terceros, no cabrá ordenar su revocación si no es como consecuencia de las vías de revisión de oficio previstas en la Ley 30/1992.

<sup>3</sup> Tal imputación sería posible, en principio, de acuerdo con el principio de personalidad jurídica única de cada una de las Administraciones Públicas que consagra el art. 3.4 de la Ley 30/1992 ("cada una de las Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única"). Con ello se reconoce que cada una de las Administraciones territoriales (la estatal y la de cada una de las comunidades autónomas y entes locales), cualquiera que sea la forma de organización que adopte, se considera como un centro único de imputación y es responsable de la totalidad de las administraciones instrumentales creadas por ella, de tal forma que, no obstante el reconocimiento de personalidad jurídica diferenciada, podrían dirigirse contra dicho ente matriz las acciones de responsabilidad originadas en actuaciones de cada ente instrumental. Así ha sido reconocido, si bien tímidamente, por algunas Sentencias, como la STS de 4 de julio de 2002 (recurso de casación n.º 925/1998), que admite la interposición de una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Sanitaria del Estado por un acto imputable al INSALUD, por entender que "en el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico la responsabilidad patrimonial se predica con carácter general de las Administraciones públicas con independencia de cuál sea el servicio público cuyo funcionamiento normal o anormal sea el origen del daño y por tanto la responsabilidad patrimonial lo es, según los casos, de la Administración Estatal, Autonómica o Local", y que "el INSALUD es parte integrante de esa Administración Sanitaria, todo ello sin perjuicio del presupuesto a cuyo cargo deba hacerse efectiva la indemnización habida cuenta la condición de Organismo Autónomo del INSALUD".

resolución de controversias: a) las cuestiones de naturaleza penal pero no las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas; b) las cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste; c) los conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública (regulados por las disposiciones específicas que ya hemos expuesto); d) las cuestiones derivadas de las actuaciones de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado <sup>4</sup>.

Se requiere, por último, que las controversias que se sometan a este procedimiento sean "relevantes", si bien este concepto se entiende en un sentido tan amplio que prácticamente carece de virtualidad <sup>5</sup>.

## **2. Órgano competente y procedimiento aplicable para la resolución de las controversias**

Para la resolución de estas controversias, la Ley crea una Comisión Delegada del Go-

bierno para la Resolución de Controversias Administrativas. Esta Comisión está presidida por el Ministro de la Presidencia y la integran además el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia, como vocales natos, y el Ministro o los Ministros de los Departamentos afectados por la controversia, en los términos que se determine reglamentariamente. El Ministro de Justicia designará el órgano que ejercerá la Secretaría de la Comisión

En cuanto al procedimiento, la Ley dispone que planteada una controversia, las partes enfrentadas la pondrán, de forma inmediata, en conocimiento de la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias y esta Comisión, tras recabar los informes que estime necesarios, dictará resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto. Esta resolución no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto.

<sup>4</sup> Estas cuestiones están reguladas con carácter específico, como precisa la disposición adicional única, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y demás normas de desarrollo de las mismas.

<sup>5</sup> Así, según la disposición adicional única.2 de la Ley, "se entenderán por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público".