

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Recibido: 2 febrero 2018
Aceptado: 19 marzo 2018

Arbitraje, vol. X, nº 3, 2017, pp. 849–871

Arbitraje, derechos patrimoniales del Estado y de otras entidades públicas

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, de 20 diciembre 2017) *

Álvaro SORIANO HINOJOSA **

Sumario: I. Descripción de hechos y de la Litis. II. Excursus sobre una litis interpuesta. III. La adquisición por expropiación y sus consecuencias en el orden patrimonial. IV. Rechazo al arbitraje en Derecho público: una hipótesis que tiene que ser matizada.

Resumen: Arbitraje, derechos patrimoniales del Estado y de otras entidades públicas

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 diciembre 2017 resuelve que la Autoridad Portuaria de Vigo no puede someterse a arbitraje frente a una sociedad que estaba que realizaba trabajos propios de una planta de conglomerado asfáltico en terrenos públicos. En particular, niega que el arbitraje pueda cobrar virtualidad cuando estén en juego bienes demaniales, por mucho que existiera un convenio previo en el que la Administración Pública se sometió a un arbitraje de derecho. De pasada, la Sentencia indica las dificultades para que la Administración Pública se someta a arbitraje.

Palabras clave: JURISPRUDENCIA – BIENES DEMANIALES – AUTORIDAD PORTUARIA – ARBITRAJE – ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

* *Vid. infra*, pp. 865-871.

** Abogado en Garrigues. Doctorando en Derecho internacional privado por la UCM.

Abstract: Arbitration, Patrimonial Rights of the State and other Public Entities

The recent ruling of the Administrative Chamber of the Supreme Court December 20, 2017 decides that the Vigo's Port Authority can't submit its disputes to arbitration against a private company which was working as an asphaltic conglomerate plant on public land. Particularly, the Supreme Court denies that arbitration can be valid if involves assets of public domain even if there was a previous arbitration agreement allowing the arbitration. The ruling also shows the difficulties for the Public Administration to be subject to arbitration.

Keywords: CASE LAW – PUBLIC DOMAIN ASSETS – PORT AUTHORITY – ARBITRATION – PUBLIC ADMINISTRATION.

I. Descripción de hechos y de la litis

El Puerto de Vigo, como otros puertos españoles, tiene la preocupación comprensible de competir con otros grandes puertos, como el de Rotterdam, en relación con la captación del tráfico marítimo a gran escala. Por esta razón, y al ser entidades que se autofinancian, crean espacios aptos para la ubicación de negocios y comercio ligados, dependientes, o conectados con la actividad portuaria que hagan interesante todo el entorno portuario como sede de negocios, y atracción de inversiones. Así, se creó una Plataforma Logística (PLISAN) que puede definirse como una gran superficie de terreno (unas 300 Has de extensión entre Salvaterra y As Neves), dotada de conexiones para facilitar a las empresas el comercio nacional e internacional. Este terreno dispone de áreas logísticas empresariales, zonas de dominio público –principalmente ferroviario– y del equipo apropiado para el desarrollo de su misión comercial. La Xunta de Galicia, la Autoridad Portuaria y la Zona Franca de Vigo son las Administraciones promotoras y cuando se concluya está llamado a ser el “puerto seco” de Vigo.

La empresa Áridos de Mendo, S.L., instalada en una zona que formaba parte del terreno donde se instaló la PLISAN, había suscrito un Convenio con la Autoridad Portuaria de Vigo para realizar su labor minera consistente en los trabajos propios de una planta de conglomerado asfáltico. Las posibles controversias que pudieran surgir se sometieron a un arbitraje de derecho¹. El 18 mayo 2010 se le notificó una resolución de la Presidencia de la Autoridad Portuaria de Vigo ordenando el cese inmediato de sus actividades, el desmantelamiento completo de sus instalaciones a costa del interesado y la restitución del terreno al estado primitivo en plazo de 20 días, con advertencia de ejecución sustitutoria de tales labores por el propio Puerto si en ese plazo no se hacían tales actuaciones.

Interpuesto recurso de reposición en vía administrativa, se desestimó por silencio negativo. Y contra tal acto presunto, se ventiló juicio ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sede La Coruña, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso – Administrativo), que desestimó el recurso de la sociedad me-

¹ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: un interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 55–91.

diante Sentencia de 19 marzo 2015, contra la que se interpuso la correspondiente casación que ahora se resuelve en esta Sentencia que comentamos y que confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia.

La pretensión fundamental del recurso consiste en:

i) Ante la existencia de un pacto arbitral, la Autoridad Portuaria de Vigo debió de abstenerse de interponer un procedimiento de recuperación posesoria; en consecuencia, la Resolución de 18 mayo 2010 es nula y la controversia debe resolverse mediante un arbitraje de derecho como se convino en el convenio.

ii) Subsidiariamente, en caso de que se considere que no procede el arbitraje, en cuanto al fondo del asunto, se declare que la Resolución de 18 mayo 2010, de la Presidente de la Autoridad Portuaria de Vigo, que desestima las alegaciones de Áridos do Mendo SL, no es ajustada a derecho por no haber aplicado “las normas legales respecto a las cuestiones de fondo, al infringir las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en los extremos debatidos en el transcurso de estos Autos”.

iii) Subsidiariamente declare la nulidad de la Sentencia recurrida, y mande dictar otra en la que de manera suficientemente razonada y sin incurrir en incongruencia omisiva se cumpla con la tutela judicial efectiva proclamada por el art. 24 CE.

El 16 junio 2015, en paralelo, se dictó Laudo por el árbitro –D. Andrés– nombrado por la Audiencia Provincial de Pontevedra en autos de Procedimiento Verbal 130/2013 que intentó incorporar Áridos do Mendo al amparo del art. 56.4º LJCA trasunto del art. 271.2º LEC. Anunció, además, que ninguna de las partes había instado su anulación en el plazo de dos meses por lo que había adquirido fuerza de cosa juzgada.

Hay que añadir que esta disputa surge en el entorno de un conflicto más amplio entre la Autoridad Portuaria de Vigo y Áridos do Mendo, como atestigua la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 diciembre 2016 en el que se había aceptado, sin temores, resolver la controversia – desconocemos en este último caso, la naturaleza de la disputa– mediante un arbitraje de derecho al amparo la cláusula séptima del Convenio suscrito el día 31 marzo 2003, “las partes aceptan resolver sus discrepancias a través de un arbitraje en derecho siempre que sea legalmente admisible para las Entidades Administrativas” que es también discutida en nuestro caso.

En los Antecedentes, se consigna que Áridos do Mendo, tenía suscrito con la Autoridad Portuaria de Vigo un Convenio con fecha 31 marzo 2003 configurado para compatibilizar el desarrollo de la PLISAN con la extracción de áridos y arcilla y que dicho convenio contenía sumisión a un arbitraje de derecho como medio de resolución de conflictos.

Se indicaba, además, que serían bienes patrimoniales formando parte del patrimonio de la Autoridad Portuaria de Vigo, firmante del Convenio (no del

patrimonio del Estado). De ahí que con toda naturalidad la Autoridad Portuaria de Vigo firmara dicho Convenio. Es destacable y hay que retener que se da por supuesta la naturaleza patrimonial portuaria, pues de otra forma el Convenio no habría podido firmarse o, de hacerse, supondría un reconocimiento expresa de que la Administración Pública ha cometido un acto ilegal, lo que determinaría su responsabilidad. Por lo que el árbitro podía dar por supuesta dicha naturaleza jurídica de los terrenos y a arbitrar en consecuencia.

La firma del Convenio por parte de la Autoridad Portuaria de Vigo implica el examen previo de la naturaleza patrimonial del bien, de las contraprestaciones correspondientes, en definitiva, de lo que supone la transacción desde el punto de vista legal. No tendría el menor sentido que este Convenio se suscribiera con conciencia y consciencia de su ilegalidad, entre otras razones, porque en el ámbito contencioso administrativo daría pie a su vez a la exigencia de responsabilidad de la Administración firmante.

La propia Abogacía del Estado mediante informe recogido en la resolución de la Secretaría General de Transporte, de 17 enero 2014 apoyaba sin empucho el carácter meramente patrimonial de estos bienes (con su consecuente disponibilidad), lo que ventila la Sentencia señalando que el informe de la Abogacía del Estado consideraba que eran bienes patrimoniales porque estaban en proindiviso:

“Dice que los bienes adjudicados a las tres Administraciones son bienes patrimoniales, pero se refiere a los bienes atribuidos en proindiviso. Por ello pudieron disponer de ellos. Y se refiere a la no aplicación del régimen demanial a los bienes mientras permanezcan en indivisión y sí considerarlos como patrimoniales”.

argumento alambicado para restar poder al informe de la Abogacía del Estado que calificaba que el bien era patrimonial sin ningún rasgo dubitativo. Si el bien es patrimonial lo será por su naturaleza y no porque se encuentra en proindiviso.

Dice esta Autoridad administrativa central, asesorada por el abogado del Estado quien es precisamente el defensor de la misma Administración, que se reconoce que los bienes de la PLISAN que son titularidad de la APV, y que son objeto del convenio de 31 marzo 2003, son bienes patrimoniales, por lo que no formarían parte del dominio público portuario, de forma que si son bienes patrimoniales se podría transigir sobre ellos, como se hizo en el convenio.

Esto tiene importancia, ya que corresponde a la Secretaría General de Transporte, con rango de Subsecretaría, bajo la superior dirección del Secretario de Estado, la ordenación general del transporte terrestre, marítimo y aéreo de competencia estatal. Insistimos en que no se trata de un mero informe —que sería un acto administrativo de mero juicio—, sino que se incorpora tal dictamen a una resolución de la más alta autoridad administrativa en la materia: un genuino acto de voluntad administrativa, una decisión, un acto administrativo que se entiende definitivo tal como parece deducirse de esta Sentencia. Y que resueltamente atribuye la naturaleza patrimonial a los

bienes de la PLISAN, lo cual, si miramos los planos (disponibles en Internet), resulta lógico, ya que se trata de dotar de espacios para la gestión económica comercial en el Puerto de Vigo; lo cual, sumado a la finalidad de esta plataforma logística, confirma que su destino es, resueltamente, insertarse en el ámbito comercial y no en el tráfico administrativo. Lo que prima en esta plataforma, es un giro o tráfico comercial y la PLISAN no tendría otra finalidad (art. 3 Cc sobre interpretación de normas) que actuar en la esfera de los negocios, no siendo su cometido la mera conservación de los bienes sin transformar, que es el resultado que se produce si se aplica la idea de mera reposición.

Por otro lado, cabe pensar qué hubiera ocurrido para el caso en el que Áridos Mendo hubiera instado la ejecución del Laudo y la remota posibilidad de que ambas resoluciones fueran compatibles. Y es que, no tiene el menor sentido firmar Convenios que supongan la inclusión de la peculiar —para la Administración— cláusula de arbitraje, llamativa desde luego en el giro o tráfico administrativo, para después desconocerla sin más, acudiendo simplemente a la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo superpuesto a lo establecido en un Convenio. Convenio que, con toda evidencia, pretende: a) desplazar la unilateralidad del acto administrativo, b) remitir a la naturaleza privada de la contratación, c) disponer sobre un bien apto para comprometerse y d) acudir al árbitro como solucionador del eventual conflicto, por no mencionar e) el siempre añorado principio de confianza legítima y la natural evolución de la institución arbitral.

II. Excursus sobre una litis interpuesta

Son muchas las cuestiones administrativas interconectadas. Hasta el punto que existía otra disputa sobre la Resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 15 mayo 2002, por la que se aprobó definitivamente el “Proyecto sectorial para la implantación de una plataforma logística–industrial en Salvaterra do Miño e As Neves” (lo que conocemos como PLISAN).

La Sentencia de 7 junio 2010 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso–Administrativo² estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que desestimaba el recurso de contencioso–administrativo interpuesto frente a la resolución que aprobaba el PLISAN.

El origen de este pleito “interlocutorio”, *sit venia verbo*, se encuentra en el Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que indica:

“Seguidamente se hace referencia a los derechos mineros que ostentan determinadas entidades y a la necesidad de intervención de la Administración del Estado. La recurrente, no invoca la titularidad de esos derechos ni representa a la Administración del Estado, por lo que no está legitimada para hacer alegaciones sobre dicha materia, ya que ni existe acción pública en materia de minas (SSTS 2 junio 1998 y 23 mayo 1991) ni el simple interés en la legalidad, en este caso del pro-

² RJ\2010\5513.

cedimiento, legítima para litigar³. Además, los titulares de esos derechos de explotación o investigación han desistido del recurso contencioso– administrativo que habían interpuesto ante esta Sala al alcanzar un acuerdo con las Administraciones demandadas sobre tal cuestión. Por ello esta alegación tampoco puede ser aceptada y el recurso, en definitiva, tiene que ser desestimado”.

Recuérdese que actuaban como codemandados la Administración del Estado y la Xunta de Galicia y como demandantes la asociación de vecinos da Recta, en Oleiros, Salvaterra de Miño e Linares, As Neves.

El recurso se estima parcialmente, en el único sentido de declarar que el proyecto sectorial comportaba una transformación urbanística incompatible con la naturaleza de suelo no urbanizable especialmente protegido –forestal–. La plataforma logística no iba a estar dedicada a actividades compatibles con esa naturaleza forestal:

“En fin, el hecho de que la normativa autonómica atribuya a las determinaciones del proyecto sectorial carácter prevalente frente a las del planeamiento urbanístico, debiendo éstas acomodarse a aquéllas, es un dato que, lejos de respaldar la legalidad del proyecto que estamos examinando viene precisamente a corroborar la conclusión contraria. En efecto, ese carácter vinculante determinaría que el planeamiento urbanístico hubiese de acomodarse a las transformaciones urbanísticas contempladas en el proyecto sectorial, lo que exigiría en determinadas áreas la reclasificación del suelo; pero entonces se estaría obligando al planeamiento urbanístico a incorporar una clasificación que sería contraria al carácter reglado del suelo no urbanizable especialmente protegido, lo que supone la vulneración de la normativa estatal básica (art. 9 de la Ley 6/98, de 13 de abril), cuya interpretación jurisprudencial ya hemos examinado, y también de la normativa autonómica (art. 5.2º Decreto 80/2000, de 23 de marzo), que expresamente se remite a dicha normativa estatal.”

La conclusión es que los terrenos con masa arbórea serán –desde un plano urbanístico– suelo no urbanizable de especial protección forestal, pero los terrenos extramuros ese bosque estarán a la calificación y clasificación correspondiente. Y parece bastante claro, según los antecedentes, que tales terrenos sobrantes en los que se practicaban labores de minería (planta asfáltica) fueron considerados por la propia Autoridad Portuaria de Vigo como aptos para su gestión ordinaria como patrimoniales y, como tales, susceptibles de arbitraje.

Es decir, que esta Sentencia del TS de 2010, que es significativamente utilizada en la Sentencia de 2017 que estamos comentando, nada dice sobre la naturaleza demanial o patrimonial de los bienes sobre los que hizo el conve-

³ Sobre este punto se pronuncia la STS de 2010 que estamos viendo ahora, indicando: “Tampoco puede prosperar el motivo cuarto en el que se aduce la nulidad del Proyecto sectorial, de conformidad con lo previsto en el art. 62.1º.e) Ley 30/1992, por no haberse recabado informe de la Administración del Estado competente en materia de minas. A esta cuestión se alude en el fundamento noveno de la Sentencia. Las consideraciones que allí expone la Sala de instancia deben ser cuando menos matizadas, pues el hecho de que la Asociación demandante no sea titular de derechos mineros ni ostente la representación del Estado no le impide fundamentar su impugnación en la omisión de un trámite del procedimiento (consistente en que la AGE tenía que haber emitido informe al respecto, que calificaba –lo que luego esta Sentencia niega– como un trámite cuya omisión daba lugar a una nulidad de pleno derecho). Cabe pues alegar, pero luego hay que buscar el fundamento legal de esa exigencia. Vemos que en lo que hace a la legitimación, se amplían las posibilidades del recurrente demandante ante la JCA.

nio con cláusula arbitral. Al contrario: se plantea exclusivamente la naturaleza urbanística, su clasificación como suelo urbanizable o no urbanizable, y en una zona delimitada, que no es desde luego, por definición, el área minera, ya que la extracción y laboreo de los recursos mineros (de los que la Sentencia reconoce que existen múltiples en explotación en esa misma zona) no puede hacerse ni físicamente siquiera, con arboleda.

Será una zona próxima, pero la calificación de suelo no urbanizable de especial protección forestal llega hasta la delimitación de sus linderos, no extendiéndose más allá. Si hay un apéndice en que cabe la explotación minera, habrá que estar a esa situación, sin extravagantes extensiones del área previamente definida. Recuérdese que la delimitación de la extensión, cabida y linderos es lo primero que hay que hacer administrativamente y en sede registral, para reconocer un bien. Y que un terreno no urbanizable puede ser público o privado, sin que esa calificación urbanística afecte para nada a su naturaleza dominical, pudiendo ser bien privado sujeto a una calificación de no urbanizable especial.

En definitiva, la importancia de esta STS de 2010, cobra interés en el orden urbanístico, pero en lo que interesa en el fondo, más bien lo que viene es a excluir una zona que resueltamente no es minera. Y sobre el área minera, lo que procede es examinar si el terreno es patrimonial o demanial. Solo en la zona en que efectivamente tal masa arbórea esté plantada la incompatibilidad es total con cualquier otra actividad. Pero no en el resto del terreno, en el cual habrá que atender, de conformidad con la legislación urbanística, a su situación y planificación para examinar qué actividades pueden llevarse a cabo.

III. La adquisición por expropiación y sus consecuencias en el orden patrimonial

La sentencia comentada intenta encontrar apoyo a una demanialización *tout court* en el dato, simple, de que hubo una expropiación de tales terrenos y la Autoridad Portuaria de Vigo fue beneficiaria de dicha operación. Ni siquiera es el expropiante y además la demanialidad se entiende simplemente implícita, sin operación de afectación que indique cuál sería la efectiva finalidad o destino que en que se concrete esa utilidad pública o interés social que justifica la operación expropiatoria. Y que esta razón es, por sí sola, suficiente para declarar que todos los terrenos, sin ulterior indagación, pasan a la categoría de demaniales, por lo que nunca cabría arbitraje sobre los mismos.

Esta conclusión se alcanza sin siquiera pararse a observar la razón a la que obedece la expropiación: la pura enajenación de los bienes adquiridos; aunque el expropiante fuera el Instituto Gallego de Vivienda y Suelo, IGVS (que debería ser en su caso el titular del bien supuestamente demanial) y el beneficiario fuera el Consorcio Zona Franca del Puerto de Vigo ("CZPV"); y sin que se afectaran los bienes como exige el art. 93 b) de la Ley 48/2003, de 26

de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (vigente hasta el 21 octubre 2011) o el art. 67 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, conforme al cual

“1. Los puertos de interés general forman parte del dominio público marítimo–terrestre e integran el dominio público portuario estatal, el cual se regula por las disposiciones de esta ley y, supletoriamente, por la legislación de costas. Pertenecen al dominio público portuario estatal: b) Los terrenos e instalaciones fijas que las Autoridades Portuarias adquieran mediante expropiación, así como los que adquieran por compraventa o por cualquier otro título *cuando sean debidamente afectados por el Ministro de Fomento*”

La genérica declaración de la Ley de Expropiación Forzosa –que data de 1954–, sobre el carácter implícito de la afectación de todo bien adquirido por expropiación, ha quedado superada por toda esta legislación posterior. Y no es razonable –ni aceptable– que viejas prácticas de expropiación sirvan para calificar como demanial a un bien sin ninguna otra consideración; máxime cuando la propia Administración Pública había aceptado el carácter patrimonial del bien al formalizar el convenio de 2013.

Para que la expropiación comporte que el bien sea demanial, es necesario que se adscriba mediante afectación concreta, no quedando meramente sostenida por una implícita adscripción a un ente no concretado, lo que se acentúa en este caso concreto porque la expropiación fue de carácter urbanístico y realizada con el fin preciso de obtener bienes para posteriormente enajenarlos a particulares. Lo que recoge la propia sentencia en los siguientes términos:

“... el hecho de que la adquisición de los terrenos concernidos mediante expropiación lo fuera en el contexto de una expropiación urbanística, para su urbanización y posterior enajenación, en nada emepece la afirmación del carácter demanial con que se adquieren e integran en el patrimonio del ente público”.

Esta, es fácil suponer, sería una de las razones que se argumentaría para firmar el convenio, que de otra forma nunca habría podido firmarse, y que decididamente atribuye naturaleza patrimonial a tales bienes, adquiridos sí por expropiación, pero para destinarlos inmediatamente al tráfico privado. Lo cual constituye el supuesto típico y continuo en la práctica de la desafectación tácita, tal como reconoce la doctrina, jurisprudencia y el propio Consejo de Estado⁴.

El meritado informe de la Abogacía del Estado asumido por la Secretaria General de Transporte, no vacila en calificar a los bienes como patrimoniales, sin que sea un órgano sospechoso –huelga recordar que su cometido es defender a la Administración–. Y el informe abona la tesis de que los bienes expropiados solo tendrán la consideración de demaniales si estuvieran desti-

⁴ J.A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho administrativo general*, t. II, Madrid, Iustel, 2009, p. 553,

nados a un uso general o a un servicio o fin público, como en el caso de bienes dirigidos a ser integrados en el dominio público portuario.

De hecho, la Sentencia tiene que hacer un extraño *adagio* ya que con un *tempo* insólito, dice:

“En dicho informe (de la Abogacía del Estado) se aclara el iter seguido: los terrenos de la PLI-SAN se adquieren por expropiación. Una parte es para que el (Consortio Zona Franca del Puerto de Vigo) –CZV– pueda urbanizar el terreno y venderlo. Pero la STS de 7 junio 2010 (que ya hemos visto) anula parcialmente el proyecto sectorial porque no se puede declarar urbanizable una zona que en el planeamiento urbanístico municipal es suelo no urbanizable de especial protección forestal. La nulidad del proyecto sectorial es parcial. Se trata de una zona atribuida mayoritariamente al CZV, es el MI. Como de ello resulta que la parte de terreno adjudicada a esta última resulta mínima, en el informe referido de lo que se trata es de determinar cómo ha de afrontarse jurídicamente esta situación. Dice que los bienes adjudicados a las tres Administraciones son bienes patrimoniales, pero se refiere a los bienes atribuidos en proindiviso. Por ello pudieron disponer de ellos. Y se refiere a la no aplicación del régimen demanial a los bienes mientras permanezcan en indivisión y sí considerarlos como patrimoniales.

Pero de lo que trata es de algo distinto a lo aquí analizado, dado que se parte de una situación distinta, en un momento diferente”.

No se acaba de comprender bien porqué los bienes que no estén en proindiviso no han de ser de la misma naturaleza que los que sí lo están. Por eso mismo, tampoco se acaba de entender por qué, hay que insistir, se firmó el convenio –suponemos que con el debido asesoramiento de los letrados de las distintas administraciones públicas acerca de la naturaleza patrimonial del bien; otra cosa solo abundaría en la falta de diligencia de la administración pública que, desde luego, deberá responder frente a los administrados–.

La doctrina, sin embargo, cuestiona la elemental aplicación, como si de una ecuación jurídica se tratase, que identifica expropiación y demanio⁵. Mucho menos si, como en este caso, la Autoridad Portuaria de Vigo no es expropiante sino beneficiaria (que recordemos puede ser inclusive cualquier persona o sujeto privado). Pretender que terrenos que en parte estaban, según se describe, dispuestos de la siguiente forma: “Una parte es para que el CZV pueda urbanizar el terreno y venderlo”, difícilmente se puede entender esa atribución de demanialidad *in extenso* por el simple hecho de proceder de una expropiación⁶. Se trataba, además, de una expropiación urbanística,

⁵ P. García-Manzano Jiménez de Andrade, “Comentario al art. 69 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas”, *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2008; J.M. Sala Arquer, *La desafectación de los bienes de dominio público*, Madrid, 1979, el clásico “Derecho administrativo. Aguas, Montes, Minas Aurelio Guaita Martorell Madrid. Civitas, 1982 siguiendo al notable estudio de Eduardo García de Enterría, “Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo”, Madrid, 1955 (hay reedición en 2007, en la que el autor rectifica una de sus tesis, la reintegración del demanio perturbado por la posesión del particular, exactamente en la línea que aquí defendemos) observan que la exigencia legal de que los terrenos adquiridos por expropiación pasen a ser automáticamente demaniales, es una utopía, fruto de una calificación dogmática, que las propias leyes luego se encargan de desmentir.

⁶ R. Parejo Gámir y J. M^a Rodríguez Oliver, *Lecciones de dominio público*, Madrid, Instituto Católico de Artes Industriales, 1976, pp. 24 ss.

en la que las adjudicaciones de terrenos tienen frecuentemente como beneficiario a un sujeto privado⁷.

La naturaleza jurídica de los hechos sigue siendo inevitable y productora de efectos jurídicos. No basta con indicar, sin más, que unos bienes fueron adquiridos por expropiación para suponer una afectación *ope legis* que comporte acto seguido su demanialización. Así se indica en la ley, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (vigente hasta el 21 octubre 2011), “Los terrenos e instalaciones fijas que las Autoridades Portuarias adquieran mediante expropiación, así como los que adquieran por compraventa o por cualquier otro título cuando sean debidamente afectados por el Ministro de Fomento.” Acoge, por tanto, esta tesis más moderna que la simple afectación implícita. Y no olvidemos es *lex posterior*.

La afectación es necesaria, salvo que sea un *hollow shibboleth* o un cascañón vacío, una contraseña sin contenido— y que permita esa extraña figura a la que se refiere Santamaría Pastor, de bienes demaniales colgados de la nada⁸. Y no debe extrañar al jurista español que las mutaciones y cambios de la realidad física tengan inmediatas consecuencias jurídicas, tal como ocurre en el demanio natural (costas, ribera del mar por ejemplo) donde el cambio físico supone modificación jurídica. Y esto es algo que sabemos desde antiguo; piénsese en todas las alteraciones que la accesión supone, tal como las recoge nada menos que el propio Código Civil, apareciendo, en línea directa con el Derecho romano. Supuestos tales como la *aluvio*, *avulsio*, *insula in flumine nata*... hoy recogidos en el Libro II, Título II, Capítulo II del Código civil (arts. 353 a 383) y que, considerados como medios originarios de adquirir la propiedad, en realidad son atribuciones patrimoniales realizadas por la Naturaleza, sin intervención del eventual propietario, que acepta así, ganancias (y pérdidas) dominicales por simple obra y curso de la Naturaleza y que provocan tácitamente un cambio dominical al modificarse la corriente de un río, o la avulsión de tierras, los supuestos de aluvión, etc. Las integraciones, reintegraciones y reversiones, son soluciones legales a problemas planteados por la acción de la naturaleza, cuya alteración, se quiere resolver mediante estas técnicas que forzosamente imponen su resultado fáctico. Por decirlo

⁷ P. García-Manzano Jiménez de Andrade, *op. cit.* “Con todo, la realidad de las cosas impone que las técnicas inversas de la afectación permitan hablar de «formas de desafectación» paralelas a aquella: desafectación por “desnaturalización” o pérdida en un bien de dominio público natural de las características que lo integraban en la categoría legal; desafectación implícita (como se ha dicho, en la reversión o en la enajenación de bienes muebles); por último, posibilidad de desafectación presunta, meramente fáctica o por usucapión”.

⁸ J.A. Santamaría Pastor, *op. Cit.* “si, cuando la Administración adquiere bienes en virtud de expropiación, se produce una afectación tácita a los fines públicos que dicha expropiación persigue [...], parece evidente que si, posteriormente, la Administración desiste del proyecto que motivó la expropiación, los bienes dejarían de estar destinados al fin para el que originariamente se expropiaron (y, por ello, pueden ser objeto de reversión a los expropiados): lo quiera o no el legislador, en este caso se habrá producido una desafectación, a menos de admitirse la existencia de bienes que, sin hallarse destinados a ningún fin de uso general o servicio público, siguen siendo no obstante demaniales”.

con palabras bien conocidas, son *topoi*, en el sentido de los “tópicos” de Theodor Viehweg, es decir, situaciones problemáticas que exigen una solución concreta aceptada por todos, provenientes de la economía romana de base fundamentalmente dominical tal como manifiesta su Derecho⁹, lejos de la mera dogmática que pretende *a priori* tener la respuesta previa para todo. Es un ejercicio de realismo y sentido común que el Derecho desde siempre ha reconocido¹⁰.

A su vez, una primera modalidad de desafectación presunta sería la desafectación meramente fáctica, por hechos concluyentes. Ya se ha visto que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de este supuesto en relación con la eventual desafectación fáctica de la finalidad pública para la que un bien fue expropiado (SSTS 30 noviembre 1965¹¹, 2 junio 1989¹² y 22 junio 1991¹³). Pues si un bien patrimonial queda afectado en caso de que la Administración lo destine a un servicio público sin que medie acto expreso alguno, lo mismo debe ocurrir en el caso contrario —que un bien afectado se destine a usos privados o incluso se abandone—.

Negar pues que quepa la desafectación tácita es un ejercicio poco realista. Pretender dogmáticamente que hay que colocar un acto administrativo formal en cada operación que siga a un expediente expropiatorio, con independencia de lo que esté sucediendo en la pura realidad, implica una aproximación meramente teórica que es desconocida normalmente en la práctica y que si se impone a posteriori genera dificultades y complicaciones que frustran el normal curso de los acontecimientos tal como todos los agentes del negocio jurídico han proyectado.

En este caso, el título de ocupación, supuesto que el convenio para la instalación y explotación de la planta de conglomerado asfáltico está acordado, es precisamente el clausulado de ocupación, basado en ese acuerdo entre la Administración y el sujeto privado. Por consiguiente, si tiene además los títulos de los derechos mineros, parece que la ecuación jurídica para poder instalarse y explotar, si los terrenos eran los que se entendían y coincidían con los planos, era correcta.

La sentencia comentada ignora —incluso— la circunstancia de que esos terrenos no estuvieran ubicados en el ámbito definido por el plan de utilización e indica que ello “tampoco es un obstáculo insalvable para la afirmación de su demanialidad”. A pesar de que el art. 96 Ley 48/2003, trasunto del actual art. 69.5º Ley de Puertos de 2011 la demanialidad se presumirá solo “en el ámbito

⁹ A. Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, 13ª ed., Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2010, pp. 33 ss.

¹⁰ T. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León), 2ª ed., Madrid, Taurus, 1986. *In totum*.

¹¹ RJ 1965, 5578.

¹² RJ 1989, 4322.

¹³ RJ 1991, 4907. En concreto, esta última reconoce: “la desafectación de un bien expropiado no sólo se produce cuando de manera expresa lo declare así la Administración sino también cuando lo haga de forma tácita, será necesario en este último caso que se deduzca de hechos que por su evidencia la revelan”.

de dicha delimitación”, lo que “salva” de nuevo cuando indica que el hecho de que los terrenos no estén afectos al uso portuario no es determinante para negar su condición demanial puesto que esta proviene de la expropiación.

Tampoco es fácil discernir el rechazo que provoca en la Sentencia un convenio que puso fin a discrepancias y conflictos con las Administraciones Públicas. Así, cuando indica: *“Con respecto al convenio, contiene los derechos de explotación y ocupación de zonas, en determinados momentos y para ciertas actividades, pero no contiene un derecho de usufructo sobre la explotación minera en el sentido de que se puedan realizar ocupaciones indiscriminadas y no autorizadas. Y la concesión minera supone un derecho de aprovechamiento del mineral pero no de ocupación del suelo si no lo compra o se expropia”*. Es difícil imaginar una situación en la que se convenga a la explotación, se reconozca la ocupación y después se indique que tales ocupaciones sean indiscriminadas y no autorizadas. El convenio se suscribe para organizar las labores minerales y como toda la PLISAN para llevar a cabo actuaciones que son de explotación comercial. Los terrenos inequívocamente tenían que estar reconocidos como de explotación mineral. Por eso mismo, indica la Sentencia que *“...con respecto a los documentos aportados con la demanda, cabe decir que no se discute que cuenta con las autorizaciones y la declaración de establecimiento de beneficio”*. Lo cual abunda en que otras Administraciones (seguramente las mineras, ambientales, locales, etc.) tuvieron a la vista la documentación, entre otra el propio convenio, y autorizaron esas labores.

Otra cosa es que la Sentencia entienda, y este es un dato que no puede estudiarse con el simple examen del texto la Sentencia, que *“...comparado con el plano que figura como documento 3 con la contestación, se aprecia que la planta de aglomerado asfáltico de la demandante está fuera de la zona prevista en el convenio para la ubicación de las instalaciones mineras.”*

En puridad, si la denegación del arbitraje al caso de autos se funda en esta exclusiva afirmación —que el requerimiento de abandono y el cese de actividades con desmantelamiento de las instalaciones a Áridos do Mendo se aplicó sobre bienes no incluidos en el convenio— no cabe duda de que no tendría por qué aplicarse la cláusula arbitral; pero no por las razones globales que esgrime el Supremo sino por otra más elemental: el bien discutido no estaba recogido en el convenio. Así lo indica justo el final de la Sentencia (F.J. 6º) que establece: *“... dando un paso más en el razonamiento, resulta que la Sentencia de instancia declara (con un juicio que en cuanto ligado a la apreciación de los hechos concurrentes y la valoración de la prueba no es revisable en casación) que la planta de aglomerado asfáltico sobre la que gira el pleito está fuera de la zona prevista en el convenio para la ubicación de las instalaciones mineras”*.

Hubiera bastado esta respuesta para dar cabal explicación del por qué de la exclusión de aplicación del arbitraje. En tal caso, pues, y con sencillo discernimiento de las circunstancias concretas, se habría entendido perfectamente que el arbitraje no hubiera tenido lugar.

Sin embargo, la Sentencia acude a esta correcta explicación como un ornamento final que coloca como la orfebrería jurídica sobre la que fabrica una serie de reflexiones *hors sujet*, que perjudican innecesariamente el desarrollo del arbitraje en el Derecho público. Los examinaremos. Todas estas afirmaciones –algunas tan tajantes y discutibles como que el arbitraje no puede tener lugar sin má, ni cuando afecte a bienes patrimoniales– deben ser considerados como *obiter dicta* ya que en realidad, la solución apropiada para examinar este complejo asunto parece bien resuelta en la formulación que hace la Sentencia sobre la exclusión del terreno al que aplicar la técnica arbitral. Un dato de hecho, fáctico y físico, pues, que es el que solventa la enorme y complicada serie de cuestiones que aborda esta importante resolución.

IV. Rechazo al arbitraje en Derecho público: una hipérbole que tiene que ser matizada

Con estos mimbres, la Sentencia comentada, concluye con un rotundo rechazo a la utilización del arbitraje en Derecho Público. Se basa en la posición de que los terrenos fueron adquiridos por expropiación (urbanística) y en consecuencia la totalidad de la extensión es demanial y nunca patrimonial. Tesis dogmática, que acabamos de ver, no es fácilmente compatible con la realidad cotidiana, en la que cabe desafectación tácita, inclusive implícita, como puede ser el supuesto en que los terrenos se adquieran en expropiación para ser lanzados al mercado mediante operaciones de derecho privado, contractuales, dentro de un esquema de beneficios y ganancias que es el que procede en la creación y mantenimiento de una plataforma logística como la PLISAN.

En el Fundamento Jurídico Quinto, la Sentencia indica, con abierto designio teórico:

“... con carácter general, el desenvolvimiento del arbitraje en la relación jurídica de Derecho Público tropieza con un obstáculo difícilmente salvable cuando se enfrenta a los principios de legalidad e indisponibilidad de las potestades administrativas. La Administración Pública, vinculada constitucionalmente a una regla de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (arts. 9, apartados 1º y 3º, y 103 CE) no puede disponer ni transigir sobre la aplicación de las normas que rigen su actuación salvo en la medida que esas mismas normas lo permitan”.

Es cierto que el principio de legalidad rige la actuación administrativa (cabe decir, con algunas matizaciones en el Estado Social de Derecho, como demuestra la continua penetración en los mercados por la vía de empresas públicas e inclusive, como es el caso, dotando de alta cota de autonomía a un organismo público como es el Puerto de Vigo que dispone de autonomía de gestión y patrimonio propio)¹⁴.

¹⁴ Un estudio sobre la naturaleza jurídica de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, tanto en la versión originaria como en la posterior de 2003, de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante 27/1992, de 24 de noviembre, puede verse en J.L. Almazán Gárate y M. Estepa Montero, *El Régimen Jurídico de los Puertos del Estado*, 2ª ed., Universidad Politécnica de Madrid, E.T.S. de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, 2007, pp. 86 y 114.

De conformidad con lo dispuesto en los vigentes arts. 16 y 24 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias son organismos públicos de los previstos en la letra g) del ap. 1 del art. 2 Ley General Presupuestaria [referencia legal que en la versión vigente al tiempo de aprobación del Texto refundido –entre enero de 2009 y diciembre de 2014– hacía referencia a Entidades de Derecho público que no son propiamente ni organismos públicos ni entidades públicas empresariales], con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar; dependen del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado, y se rigen por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y, supletoriamente, (se indicaba entonces) “por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”. Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento les atribuya. Las Autoridades Portuarias desarrollarán las funciones que se les asigna en esta Ley bajo el principio general de autonomía funcional y de gestión. La naturaleza jurídica de los citados organismos que contempla el vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre) no se encuentra adaptada a la tipología de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. No obstante, lo anterior, puede afirmarse que se trata de Organismos públicos portuarios que pertenecen al sector público institucional estatal como entidades sometidas a un régimen jurídico específico, Régimen jurídico que es precisamente el que se contempla en la propia Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Sin que quepa calificarlos como Organismos autónomos ni tampoco propiamente como Entidades públicas empresariales.

Pero ello no significa que el arbitraje no se puede desenvolver en este ámbito. Y cuando dice,

“... que cuando se restringe tan drásticamente el recurso al arbitraje, eso se hace en relación con “los bienes y derechos del Patrimonio del Estado”: expresión esta que por la amplitud con que está redactada no puede entenderse constreñida a los bienes de dominio público sino que, precisamente por referirse globalmente a los bienes y derechos integrantes de ese patrimonio, se proyecta también sobre los patrimoniales”,

Creemos, respetuosamente, que la Sentencia se cobija en ese paraguas de la Ley de Patrimonio del Estado –que no prohíbe, ni mucho menos, la posibilidad del arbitraje respecto a los bienes patrimoniales– para evitar las propias dudas que tiene sobre la naturaleza jurídica del bien. Y aunque es obvio que todo bien patrimonial no puede *per se* someterse a arbitraje, en la mayoría de ocasiones únicamente se requerirá una simple autorización –en otras, ni eso– para poder suscribir un convenio arbitral; autorización que damos por probada en este caso al existir una aprobación del convenio.

De hecho, es consciente la propia Sentencia de que la legislación, con la debida y exigente concreción, comienza a limitar en una línea de discreta y prudente apertura al arbitraje en Derecho Público. Así, indica: “Cierto es, no obstante, que la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007 preveía en su art. 39 (luego art. 320, tras la reforma operada por Ley 34/2010) una cláusula de arbitraje”. Acierta la Sentencia al seguir indicando que cabrá el arbitraje sobre aquellos bienes “sobre las que cabe transigir por no estar constreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad”. Y estos bienes, con naturalidad, serán patrimoniales.

Nótese cómo, tras la inevitable referencia a la legislación (que además tiene que tener en cuenta la propia Administración a la hora de convenir), la Sentencia descapitaliza la importancia de las posibilidades del arbitraje con una reflexión dogmática que la lleva a que en “sus justos términos”, haya que dar la vuelta por completo a lo que parecía un *iter* complejo de formación sucesiva que, paulatina y crecientemente, acababa por hacer progresar la aplicación del arbitraje en el ámbito público. Algo que si se logra normalizar, descargará a la Jurisdicción contenciosa de trabajo, permitiéndola concentrarse en su papel clave de dirección y orientación jurídica general, no tanta en la rutinaria y gravosa actuación que se le impone de ordinario.

En realidad, las concesiones demaniales no están —siempre— excluidas del arbitraje. Basta observar, y esto se olvida en nuestra jurisprudencia, que ya en el ámbito internacional y sobre los mismos bienes, si se firma un tratado, puede surgir la responsabilidad del Estado por una concesión demanial que afecte a una inversión.

Finalmente, para mantener la exclusión del arbitraje en este caso, la Sentencia se ve obligada a rechazar datos que por sí mismos apoyarían la aplicación de la institución arbitral. Así, ya lo hemos visto, indica: “que la circunstancia de que esos terrenos no se ubiquen en el ámbito definido por el plan de utilización de los espacios portuarios del Puerto de Vigo tampoco es un obstáculo insalvable para la afirmación de su demanialidad”. E, igualmente, indica, “que la circunstancia de que se hayan establecido derechos de adquisición preferente sobre esos terrenos no los convierte en patrimoniales, pues la operatividad de tal atribución queda supeditada a la verificación de una *conditio iuris*: su desafectación (en la medida que esta proceda); y mientras no se produzca, esos derechos de adquisición preferente no dejan de ser puras expectativas”. Esta última afirmación, rocambolesca, parece una simple excusa para evitar aplicar la desafectación tácita del bien. Y es que, en cualquier caso, debería generarse responsabilidad si lo que pactó la Administración con el particular como patrimonial, luego sea atacado por la propia Administración.

No es comprensible que se indique que si la Administración considera que el bien en cuestión es demanial, no es esta cuestión que pueda abandonarse al juicio de un árbitro en virtud de pacto entre las partes enfrentadas”, cuando la naturaleza patrimonial ya había sido concebida en el convenio. Es cierto, como añade la Sentencia que “el laudo arbitral de 16 junio 2015 últimamente aportado por la parte recurrente, excede manifiestamente de su ámbi-

to propio cuando se adentra en consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los terrenos en liza para afirmar que no son bienes demaniales sino patrimoniales y que además no forman parte del patrimonio del Estado". Pero, respetuosamente, creemos que confunde la Sentencia una premisa muy básica: el árbitro es capaz de decidir sobre la controversia si parte de la base de que el bien es patrimonial por haberse decidido así por la propia Administración en un convenio previo. Es decir: el árbitro –no hemos tenido la oportunidad de leer el Laudo– carece de potestad para decidir sobre la naturaleza del bien; pero puede darlo por hecho y resolver en consecuencia si así estaba previamente indicado en un convenio, máxime cuando el árbitro contaba con la garantía de haber sido nombrado por la Audiencia Provincial de Pontevedra tras discutirse si la disputa podía someterse a arbitraje y resultar la cláusula arbitral de un convenio administrativo asesorado por la Abogacía del Estado, la cual, además, confirmó posteriormente su calificación.

Nos encontramos ante una importante Resolución, que apoya la exclusión del arbitraje en Derecho público a costa de interpretar *pro domo sua* los términos de la convención realizada por la propia Administración. La lección principal a aprender, por parte de los Abogados, consiste principalmente en la redacción previa del Convenio incluyendo todos los *caveat* y precauciones que, una a una, va indicando la Sentencia.

Mucho es el camino por recorrer para lograr una aplicación normalizada del arbitraje en Derecho público, cuando, sorprendentemente, la propia Administración va adoptando una pléyade de figuras de corte privado que adopta precisamente para entrar en los mercados. Las ingentes fórmulas con las que se viste, y otras que nos esperan (caracterizadamente los "medios propios", "encomiendas de gestión" con fuerte discusión sobre su naturaleza contractual o no como demuestra la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 febrero 2014) actuando en los mercados, implican más bien, abonar el arbitraje, si efectivamente se desea una presencia adecuada y normalizada de todas estas múltiples figuras que provenientes de las Administraciones Públicas, operan de una u otra manera en el sector privado. Y que lamentablemente, siguen desconociéndose, como si siguiéramos en los tiempos de 1852, cuando Bravo Murillo declaró su hostilidad al arbitraje en Derecho Público. Mucho ha llovido desde entonces, y los tiempos recomiendan flexibilidad, agilidad de gestión y no mirar hacia atrás quedándose como estatuas de sal.

Bibliografía

ALMAZÁN GÁRATE, J.L. y ESTEPA MONTERO, M.: *El Régimen Jurídico de los Puertos del Estado*, 2ª ed., Universidad Politécnica de Madrid, E.T.S. de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, 2007.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Público Romano*, 13ª ed., Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2010.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Arbitraje y jurisdicción: un interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 55–91.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007.
- GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, P.: "Comentario al art. 69 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas", *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2008.
- PAREJO GÁMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.Mª.: *Lecciones de dominio público*, Madrid, Instituto Católico de Artes Industriales, 1976.
- SALA ARQUER, J.M.: *La desafectación de los bienes de dominio público*, Madrid, 1979
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho administrativo general*, t. II, Madrid, Iustel, 2009.
- VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia* (traducción de Luis Díez–Picazo Ponce de León), 2ª ed., Madrid, Taurus, 1986.

* * *

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), de 20 diciembre 2017

Arbitraje con la Administración como parte.– Arbitrabilidad.– Supuestos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición.– Relaciones patrimoniales sobre bienes públicos.– Caracterización jurídica de un bien de propiedad de una autoridad portuaria, como patrimonial o demanial: no es cuestión que pueda diferirse a un arbitraje.

Ponente: Excma. Sra. Dª Maria Isabel Perello Domenech.

Fuente: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contenpdf&database=match=TS&reference=8245534&links=arbitraje&optimize=20180102&publicinterface=true>.

Normas aplicadas: Art. 88.1º.d) LJCA; art. 31 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Cuando en un contrato o convenio se introduce una cláusula de sometimiento de controversias a arbitraje, la aceptación de la viabilidad jurídica de esa cláusula no puede entenderse en modo alguno como una remisión incondicionada de cualesquiera controversias al arbitraje, sino como solución mediante arbitraje de las contiendas que versen sobre materias sus-

ceptibles del mismo; como, de hecho, así se pactó –en el presente caso– en el convenio de 2003, pues, su cláusula 7ª preveía la resolución de las discrepancias que pudieran surgir en la interpretación y aplicación del mismo mediante arbitraje, ahora bien, sólo en aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición.

Y esto que se acaba de decir también no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho Público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho Privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3º CE); servicio a los intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1º CE). Toda actividad administrativa –también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado– se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve.

Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado.

PRIMERO: La sociedad mercantil "Aridos Do Mendo SL", formula recurso de casación contra la sentencia de fecha 19 marzo 2015, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia – con sede en La Coruña– en el recurso número 4011/2011, que desestimó el recurso contencioso administrativo deducido frente a la desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Vigo de 18 mayo 2010, que ordenó el cese inmediato de las actividades que venía realizando de fabricación de aglomerado asfáltico, el abandono del dominio público invadido y el restablecimiento al estado primitivo del terreno que dicha sociedad venía ocupando en la finca denominada PLISAN SUR, con desmantelamiento completo de las instalaciones a su costa en el plazo de 20 días, bajo advertencia de ejecución subsidiaria.

La tesis sustentada por la mercantil actora en la instancia consistía en que la controversia planteada con la Autoridad Portuaria, concernía a relaciones de Derecho privado, y tenía que ser resuelta por medio de un arbitraje, de acuerdo con un Convenio suscrito entre ambas partes el 31 marzo 2003 que tenía por objeto compatibilizar el desarrollo de la PLISAN con las actividades de extracción de áridos y

arcilla. En este sentido, sostenía que los terrenos litigiosos no tenían el carácter de demaniales sino de patrimoniales (que, añadía, no forman parte del patrimonio del Estado sino del patrimonio de la Autoridad Portuaria de Vigo), por lo que –decía– no formaban parte del dominio público portuario, cabiendo transigir sobre ellos, tal como se acordó en el convenio.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia desestimó el recurso contencioso administrativo

[...]

SEGUNDO: Frente a esta sentencia, la empresa recurrente articula en su escrito de interposición del recurso de casación dos motivos de impugnación, el primero acogido al cauce del art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJCA), y el segundo al amparo del apartado c) del mismo precepto de la LJCA.

En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 31 LPAP en relación con el art. 24 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobada por RD–Leg. 21/2011, el art. 35 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante 27/1992 de 24 de noviembre, el art. 46 de la Ley 48/2003 de 26 noviembre Régimen Económico y Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, y el art. 3 LPAP.

Reitera la recurrente la tesis mantenida en la instancia de que la controversia suscitada entre las partes debió haberse resuelto por la vía civil, como –sostiene– ha hecho esta parte, que ha promovido un arbitraje. Recuerda que el Convenio de 31 marzo 2003 incluye el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten entre las partes y razona que ha promovido el recurso contencioso–administrativo porque no le quedó más opción a la vista de lo resuelto por la Autoridad portuaria. Dicho esto, asevera que “el hecho de que los terrenos ocupados sean calificados de dominio público no implica en el presente caso que su ocupación y recuperación se rija por el Derecho Público. Pues existe un pacto arbitral que sometía las controversias al procedimiento civil de arbitraje en derecho, y que sólo queda excluido para el caso de que la controversia implique o verse sobre bienes que formen parte del patrimonio del Estado (en aplicación del art. 31 LPAP)”; resultando –continúa la parte recurrente– que las fincas litigiosas no forman parte del patrimonio del Estado sino del patrimonio propio de la autoridad portuaria de Vigo, por lo que dicho art. 31 no puede serles de aplicación. Prosigue su exposición enfatizando que las autoridades portuarias disponen de su propio patrimonio, independiente del patrimonio del Estado, que incluye tanto los bienes demaniales como los patrimoniales sujetos al Derecho Privado, y sobre esta base aduce una vez más que en este caso no cabía instar la recuperación posesoria cuando existía un pacto arbitral por el que las partes se comprometían a resolver sus diferencias mediante el arbitraje. Insiste, por lo demás, en que las parcelas litigiosas no tienen la consideración de demaniales por no estar afectas a un servicio o destino público conforme a un plan de utilización de espacios portuarios.

[...]

QUINTO: Tampoco el primer motivo de casación puede tener favorable acogida, por las razones que se expondrán a continuación.

La parte recurrente insiste en que los terrenos litigiosos no tienen la naturaleza de bienes demaniales sino que se trata de bienes patrimoniales, y de tal afirmación extrae tanto la consecuencia de la necesaria sumisión a arbitraje de la contienda suscitada en torno a ellos, como la inviabilidad de la recuperación posesoria promovida por la Administración, como, en fin, el derecho que dice ostentar al desarrollo industrial de la planta productiva litigiosa; pero las razones que da a tal efecto no pueden ser acogidas.

En primer lugar, la recurrente hace una lectura parcial e interesada del Convenio de 2003 suscrito entre las partes procesales. La cláusula 7ª de dicho Convenio, ciertamente, como indica la parte, contemplaba un pacto de sumisión a arbitraje de las eventuales diferencias que pudieran surgir en su aplicación, pero puntualizando que el procedimiento de arbitraje sólo podría ser utilizado en los supuestos legalmente admisibles para la Administración, y tal es justamente el caso que nos ocupa, pues la determinación del carácter demanial de unos terrenos es cuestión que por definición no puede

dilucidarse a través de un procedimiento de arbitraje privado. Al contrario, con carácter general, el desenvolvimiento del arbitraje en la relación jurídica de Derecho Público tropieza con un obstáculo difícilmente salvable cuando se enfrenta a los principios de legalidad e indisponibilidad de las potestades administrativas. La Administración Pública, vinculada constitucionalmente a una regla de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (arts. 9, apartados 1º y 3º, y 103 CE) no puede disponer ni transigir sobre la aplicación de las normas que rigen su actuación salvo en la medida que esas mismas normas lo permitan.

Es en este sentido como deben interpretarse las distintas normas que han venido introduciendo el arbitraje en el ámbito del Derecho Administrativo, como cauce de resolución de controversias alternativo al recurso jurisdiccional contencioso-administrativo. Centrándonos en las normas más recientes, la Ley 47/2003, General Presupuestaria, en su art. 7.3, dispone literalmente lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del art. 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

Y en similares términos, el art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (sobre el que volveremos infra), establece que:

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”.

Plasmando así lo que puede considerarse una regla general que sólo ha admitido excepciones puntuales.

Cierto es, no obstante, que la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007 preveía en su art. 39 (luego art. 320, tras la reforma operada por Ley 34/2010) una cláusula de arbitraje en los siguientes términos:

“Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”.

Manteniéndose la misma redacción en el art. 50 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pues bien, partiendo de la caracterización de las “Administraciones Públicas” del art. 3.2º de la misma Ley contractual, puede aceptarse que no son “Administraciones públicas” a efectos de dicha Ley las entidades públicas empresariales y las sociedades públicas, esto es, lo que se entiende habitualmente se entiende por sector público empresarial, en el que se incluye las entidad Puertos del Estado y las Autoridades portuarias. Desde esta perspectiva, a las autoridades portuarias les resulta extensible esa posibilidad de someterse a arbitraje, y de hecho así lo ha confirmado la Orden FOM 4003/2008 por la que se aprueban las Normas y Reglas Generales de los procedimientos de Contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, que tras señalar que “los contratos celebrados al amparo de la presente Orden tendrán la consideración de contratos privados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Contratos del Sector Público”, precisa en su regla 45.4º, referida a las reclamaciones y recursos, lo siguiente:

“4. En todo caso, la solución de las controversias se podrá someter a arbitraje si así se prevé en los pliegos y en el documento contractual”.

Esto no obstante, la referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual, y más específicamente en el ámbito contractual portuario, debe situarse en sus justos términos, pues de esa regla general que se acaba de apuntar no resulta en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias, sino sólo para aquellas sobre las que cabe transigir por no estar costreñidas por la necesaria observancia del principio de legalidad.

Esto es así porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse (expresión gráfica de esta regla es, *v.gr.*, el art. 86 Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece gráficamente que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, “siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción”).

Por consiguiente, cuando en un contrato o convenio se introduce una cláusula de sometimiento de controversias a arbitraje, la aceptación de la viabilidad jurídica de esa cláusula no puede entenderse en modo alguno como una remisión incondicionada de cualesquiera controversias al arbitraje, sino como solución mediante arbitraje de las contiendas que versen sobre materias susceptibles del mismo; como, de hecho, así se pactó —en el presente caso— en el convenio de 2003 que la recurrente tanto cita, pues, como resalta la sentencia de instancia, su cláusula 7ª preveía la resolución de las discrepancias que pudieran surgir en la interpretación y aplicación del mismo mediante arbitraje, ahora bien, sólo en aquellos supuestos legalmente admisibles para la Administración; que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición.

Y esto que se acaba de decir también no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho Público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho Privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3º CE); servicio a los intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1º CE). Toda actividad administrativa —también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado— se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve.

Así ocurre, por ejemplo, con la contratación pública o con las relaciones patrimoniales sobre los bienes públicos. Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados, o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un fondo de Derecho Público indisponible (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado.

Más concretamente, por lo que respecta al Derecho de los bienes públicos, no ha de perderse de vista, ante todo, que el demanio es una institución jurídica constitucionalmente garantizada, en cuanto que expresamente reconocida conforme a su caracterización dogmática clásica en el art. 132 CE. Hallándonos, pues, ante una garantía institucional que el legislador ordinario está obligado a preservar en los principios estructurales que la hacen reconocible como tal, queda fuera de duda que esos principios estructurantes, y en general la institución jurídica del dominio público, está fuera de cualquier clase de composición particular.

Desde esta perspectiva, se explica la regulación incorporada al art. 31 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 32/2003 (LPAP), a cuyo tenor “no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”. Se ubica este precepto en un capítulo de la Ley intitulado “de las limitaciones a la disponibilidad de los bienes y derechos” (a continuación de un artículo, el 30, que declara que “los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables”); fluyendo con evidencia de esta ubicación sistemática del art. 31 que se limita con severidad el sometimiento a arbitraje de las contiendas sobre los bienes públicos precisamente por tratarse de un ámbito en el que no rige el principio dispositivo.

En relación con este art. 31 conviene hacer las siguientes precisiones:

– que cuando se restringe tan drásticamente el recurso al arbitraje, eso se hace en relación con “los bienes y derechos del Patrimonio del Estado”: expresión esta que por la amplitud con que está redactada no puede entenderse constreñida a los bienes de dominio público sino que, precisamente por referirse globalmente a los bienes y derechos integrantes de ese patrimonio, se proyecta también sobre los patrimoniales. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que el patrimonio del Estado “está integrado por el patrimonio de la Administración General del Estado y los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma” (art. 9.1º LPAP); siendo así que el patrimonio de las Administraciones Públicas “está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos” (art. 3.1); siendo por tanto evidente que dichas limitaciones al poder de disposición del art. 31 se refieren tanto a los bienes demaniales como a los patrimoniales;

– que de la propia noción de “patrimonio del Estado” del art. 9.1 resulta que este se configura como un patrimonio de patrimonios, o por decirlo en términos descriptivos, un superpatrimonio, que engloba tanto el patrimonio de la Administración General del Estado propiamente dicho como el patrimonio peculiar de la constelación de organismos personificados encuadrados en la llamada “Administración instrumental” que se hallan bajo su dependencia o tutela, los cuales se encuentran también, por consiguiente, bajo el ámbito de aplicación del precepto; y

– que incluso concurriendo los presupuestos y requisitos del art. 31 (aprobación por Real Decreto previo dictamen del Consejo de Estado en pleno) no por ello cabe remitir a arbitraje cualquier cuestión, sino solamente aquellas sobre las que exista poder de disposición; y eso, desde luego, no ocurre en ningún caso con cuanto concierne a la misma determinación o afirmación de la naturaleza jurídica de los bienes públicos como demaniales o patrimoniales (arts. 5 a 7 LPAP), pues la identificación de la naturaleza jurídica demanial o patrimonial de un bien es fruto de la aplicación de unos criterios reglados (que no dejan de serlo porque en su definición se utilice la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) para cuya individualización no existe discrecionalidad ni disponibilidad de la Administración. Del mismo modo, no existe poder de disposición sobre los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad del demanio, ni en general sobre las reglas de *ius cogens* de la LPAP y demás leyes sectoriales de las distintas categorías de bienes de dominio público.

Pues bien, estas notas resultan extensibles también a la actividad convencional y al régimen patrimonial de las autoridades portuarias, organizaciones personificadas (caracterizadas – ex art. 24.1º Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por RD–Leg 2/2011 de 5 de septiembre– como entidades estatales de Derecho Público) cuyos bienes y derechos se integran, en el sentido expuesto, dentro del conjunto del patrimonio del Estado. Así se proclama en términos explícitos en la disposición adicional 5ª LPAP, que establece que el régimen patrimonial de las autoridades portuarias “se sujetará a las previsiones de esta ley, considerándose integrado en el Patrimonio del Estado el patrimonio de estos organismos, en los términos previstos en el art. 9 de esta ley”; lo que ha de ponerse en relación con el art. 67 de la Ley de Puertos de 2011 (antes art. 93 de la Ley 48/2003), a cuyo tenor “los puertos de interés general forman parte del dominio público marítimo–terrestre e integran el dominio público portuario estatal”, reforzando así la incardinación de esos bienes públicos dentro del concepto amplio del patrimonio del Estado.

En definitiva, por mucho que la Ley de Puertos dispone (art. 24.2º, que recoge la redacción del art. 35 de la Ley de Puertos de 1992) que “las Autoridades Portuarias ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación” (por cierto que “salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento les atribuya”), tal regla general de sometimiento al Derecho privado no excluye la funcionalidad del substrato indisponible de Derecho Público al que antes se hacía referencia. En la misma línea, el hecho indiscutido de que las autoridades portuarias disponen de un patrimonio propio (art. 42 de la Ley de Puertos de 2011, que mantiene la regulación del art. 46 de la Ley 48/2003, de Régimen Económico y Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General) no impide en modo alguno su inclusión dentro del supraconcepto de patrimonio del Estado, tal como se define en el precitado art. 9.1º LPAP y se clarifica en la D.A. 5ª de la misma Ley.

SEXTO: A tenor de cuanto se ha vendido exponiendo, forzoso resulta concluir que una eventual controversia sobre la caracterización jurídica de un bien de propiedad de una autoridad portuaria, como patrimonial o demanial, no es cuestión que pueda diferirse a un arbitraje. Ahí nos hallamos ante una potestad administrativa indisponible, por lo que si la Administración considera que el bien en cuestión es demanial, no es esta cuestión que pueda abandonarse al juicio de un árbitro en virtud de pacto entre las partes enfrentadas, sino que una vez resuelta en tal sentido por la propia Administración que así lo afirma, únicamente podrá discutirse, en su caso, ante la Jurisdicción por los cauces impugnatorios oportunos.

Partiendo de esta base, puede anticiparse que el laudo arbitral de 16 junio 2015 últimamente aportado por la parte recurrente, excede manifiestamente de su ámbito propio cuando se adentra en consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los terrenos en liza para afirmar que no son bienes demaniales sino patrimoniales y que además no forman parte del patrimonio del Estado. Tal afirmación, como se ha explicado abundantemente y huelga reiterar, incide sobre cuestiones ajenas al poder de disposición ex art. 31 LPAP, por lo que, a los efectos del presente juicio, no puede tenerse más que como un pronunciamiento de carácter prejudicial, que como tal no resulta vinculante para la resolución de este recurso contencioso-administrativo ahora en grado de casación (art. 42 LEC).

[...]