

1. LOS ORÍGENES DE LA JUNTA ARBITRAL EN EL CONVENIO ECONÓMICO CON NAVARRA Y EN EL CONCIERTO ECONÓMICO CON EL PAÍS VASCO. REFERENCIA A LA JUNTA ARBITRAL DEL TERRITORIO COMÚN.

### 1.1. Navarra

Se considera que la denominación "Junta Arbitral" se utiliza por primera vez para designar a un órgano establecido por el Convenio con Navarra aprobado por Real Decreto de 15 de agosto de 1927<sup>1</sup>. La Disposición 5ª de dicho Convenio regulaba el procedimiento de liquidación de las Tarifas 2ª y 3ª de la Contribución de Utilidades y establecía que en el caso de que una sociedad domiciliada en Navarra debiese "contribuir al Tesoro Nacional" la Diputación Foral debía remitir el expediente a la Delegación de Hacienda para que fijase la cifra relativa de negocios, dando cuenta de la asignada a la Diputación para que prestase su conformidad o formulase reparos. En este segundo caso, si no se llegase a un acuerdo se remitiría el expediente a la Dirección General de Rentas Públicas, que determinaría la cifra de negocios. Si la Diputación no estuviera conforme con esta fijación, podía pedir su revisión "por una Junta Arbitral residente en Madrid, renovable cada tres años, formada por un funcionario del Estado, un representante de la Diputación provincial y presidida por un Magistrado del Tribunal Supremo, designado por el Gobierno". La composición de esta Junta Arbitral adoptó un modelo que sería seguido por normas posteriores.

Además de la determinación de la cifra relativa de negocios, la Junta Arbitral del Convenio de 1927 era también competente para resolver la disconformidad de la Diputación con la decisión de la Dirección General de Rentas Públicas de la discrepancia entre la Diputación y la Oficina Li-

quidadora del Impuesto de Derechos Reales acerca de la fijación de la parte de capital destinada a las operaciones en territorio común, por la que debían tributar las sociedades por los actos sujetos a dicho impuesto.



El Convenio Económico aprobado por Ley de 8 de noviembre de 1941 extendió la competencia de la Junta Arbitral a todas las cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación del Convenio. El siguiente Convenio, aprobado por Decreto-Ley 16/1969, de 24 de julio, mantiene la competencia de la Junta Arbitral para conocer de todas las cuestiones expresamente previstas en él, así como las que surjan de su interpretación y aplicación. Por otra parte, modifica la composición de la Junta aumentando a dos los representantes tanto del Ministerio de Hacienda como de la Diputación, y establece que el Magistrado del Tribunal Supremo que la preside fuese designado cada dos años por el Presidente de este Tribunal (art. 19), no por el Gobierno como en el Convenio anterior, lo cual constituye un avance en el sentido de la independencia de este miembro de la Junta. Se dispone además que la Junta Arbitral en su primera sesión adoptará las normas de procedimiento que ante ella se haya de seguir, inspirándose en los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La Ley 28/1990, de 26 de diciembre, aprobó el nuevo Convenio, formalmente vigente, aunque profundamente reformado por la Ley 25/2003, de 15 de julio, que además establece el texto consolidado del Convenio. El texto original dedica a la Junta Arbitral el capítulo VI, integrado por el artículo 45, cuyo apartado 1 define las competen-

(\*) *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid.*

<sup>1</sup> Cfr. DE LA HUCHA CELADOR, F., *El régimen jurídico del Convenio Económico de la Comunidad Foral de Navarra*, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonomo de Vasconia, San Sebastián, 2006, p. 65; BURLADA ECHEVESTE, J.L., "Génesis de la Junta Arbitral del Concerto Económico y del Convenio Económico", *Nueva Fiscalidad*, 2/2007, p. 101.

cias de la Junta en términos muy similares a los del texto vigente. El apartado 2 modifica la composición de la Junta en los siguientes aspectos: (1) el Magistrado del Tribunal Supremo que la preside sería designado por el presidente de este Tribunal por un plazo de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y oído el Tribunal Superior de Justicia de Navarra; (2) el número de representantes de la Administración del Estado y de la Comunidad Foral se eleva a cuatro. Dispone además el precepto que cuando el conflicto afecte a la Administración de una Comunidad Autónoma, uno de los representantes de la Administración del Estado sería sustituido por otro designado por el Gobierno de dicha Comunidad Autónoma. Se mantiene la competencia de la propia Junta Arbitral para la adopción de las normas de procedimiento, legitimación y plazos, inspirándose en los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo del Estado. Por otra parte, dispone el citado precepto que los acuerdos de la Junta Arbitral serán recurribles en vía contencioso-administrativa ante la sala correspondiente del Tribunal Supremo, "sin perjuicio de su carácter ejecutivo". El Convenio precedente de 1969 guardaba silencio acerca de estos dos aspectos (reglamento y recurso), por lo que cabía sostener que los acuerdos de la Junta Arbitral no eran susceptibles de recurso en vía jurisdiccional. La nueva disposición orienta la configuración de la Junta Arbitral en la dirección de un órgano administrativo.

Finalmente, la Ley 25/2003, de 15 de julio, artículo 51, modifica radicalmente la composición de la Junta Arbitral del Convenio, que ahora está formada por tres miembros nombrados conjuntamente por el Ministro de Hacienda y por el Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra "entre expertos de reconocido prestigio en materia tributaria o hacendística", para un periodo de seis años. La aprobación de las normas de procedimiento ante la Junta se sustrae a la competencia de ésta: el citado artículo del Convenio alude simplemente (apartado 4, párrafo 2º) al "procedimiento que reglamentariamente se establezca". El Reglamento de la Junta Arbitral del Convenio fue aprobado por Real Decreto 353/2006, de 24 de marzo, si bien su preám-

bulo indica que fue "elaborado por acuerdo entre ambas Administraciones".

## 1.2. País Vasco

Por lo que se refiere el País Vasco, se señalan como antecedente de la Junta Arbitral los Jurados Mixtos de Utilidades previstos en el Reglamento del Concierto Económico con las Provincias Vascongadas aprobado por Real Decreto de 24 de diciembre de 1926<sup>2</sup>. La función de dichos Jurados era establecer la cifra relativa de negocios en función de la cual debían tributar por la Contribución de Utilidades las sociedades que los realizasen en ambos territorios, común y concertado (art. 17). El Reglamento creaba un Jurado Mixto Central y tres provinciales en cada una de las tres provincias vascongadas. El Jurado Central estaba formado por tres funcionarios del Ministerio de Hacienda y un representante de cada una de las tres Diputaciones de las "provincias concertadas", presidido por un Magistrado del Tribunal Supremo nombrado por el Ministro de Hacienda. Los Jurados provinciales estaban presididos por el Delegado de Hacienda y los formaban dos funcionarios de la Delegación y tres representantes de la Diputación respectiva<sup>3</sup> (art. 18).

En el desarrollo de su función de determinar la cifra relativa de negocios, los Jurados Mixtos no eran en realidad órganos de resolución de controversias, sino más bien de administración activa.

<sup>2</sup> Cfr. BURLADA ECHEVESTE, J.L., op. cit., p. 104, recogiendo la opinión en este sentido de DE LA HUCHA CELADOR, F., *El régimen jurídico del Concierto Económico*, Ad Concordiam, Bilbao, 2005, p. 57, y MERINO JARA, I., "La Junta Arbitral del Concierto Económico", RVAP, núm. 75, 2006, p. 81, nota 1. Como indica BURLADA ECHEVESTE, ibid., p. 108, el RD de 9 de junio de 1925, que sienta las bases del Concierto Económico desarrolladas por el Reglamento de 24 de diciembre de 1926, ya disponía que "la determinación de las bases impositivas a los efectos de la contribución sobre las utilidades de la riqueza mobiliaria ... corresponderá exclusivamente a un Jurado mixto de utilidades, en el que tendrán representación las tres provincias concertadas" (Base 4º).

<sup>3</sup> Por consiguiente, un número par de miembros, por lo que la Real Orden de 31 de diciembre de 1927, art. 17, estableció que en caso de empate "se elevará el expediente dentro del tercer día, directamente, al Jurado mixto Central para su resolución".

En efecto, de acuerdo con el procedimiento dispuesto por el artículo 20 del Reglamento, en síntesis, las Diputaciones y Delegaciones de Hacienda correspondientes practicaban por separado una liquidación con el carácter de anticipo a cuenta y remitían después los expedientes al Jurado provincial, el cual fijaba la cifra relativa de negocios. A continuación los expedientes volvían a la Administración respectiva para la práctica de las liquidaciones definitivas. Es interesante señalar que los miembros del Jurado Central podían "alzarse" contra sus acuerdos ante el Ministro de Hacienda, el cual elevaba el expediente a la resolución del Consejo de Ministros. Por otra parte, se establecía que "los acuerdos del Jurado mixto Central que versen sobre cuestiones de hecho, no serán impugnables en la vía contencioso-administrativa, salvo quebrantamiento de forma".

Por consiguiente, en cuanto titulares de esta función, que era la principal de dichos Jurados, estos órganos recuerdan más que una institución de resolución de controversias a los Jurados Tributarios, que existieron en el Derecho español hasta su supresión por la Ley 34/1980, de 21 de Junio, de reforma del procedimiento tributario, y en tal sentido sólo de manera imprecisa pueden ser considerados antecedentes de la actual Junta Arbitral. No alteran esta conclusión las otras competencias que el artículo 19 del Reglamento de 1926 atribuía a los Jurados mixtos: determinar si una empresa domiciliada en uno de los dos territorios realiza o no negocios en el otro<sup>4</sup> y fijar además de las cifras relativas de negocios las bases

<sup>4</sup> El precepto reglamentario establecía que para las empresas de fabricación y compraventa esta determinación debía hacerse ateniéndose a las respectivas normas establecidas en los artículos 21 y 22. Con arreglo al primero de estos artículos "se entenderá que una Empresa constituida o domiciliada en uno de los territorios opera en el otro, siempre que tenga en él oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas u otros establecimientos, sucursales, agencias o representaciones autorizadas para contratar en nombre y por cuenta de la Empresa. En consecuencia, se entenderá que una Empresa de fabricación no opera en un territorio cuando venda directamente o por medio de sus viajantes y representantes siempre que uno y otros se limiten a transmitir los pedidos y no estén facultados para perfeccionar el contrato". El artículo 22 contiene una norma semejante. Por tanto, el criterio para determinar cuándo una empresa realizaba operaciones en un territorio era la existencia en éste de lo que hoy se deno-

minativas totales cuando la empresa "ofreciese resistencia, excusa o negativa al cumplimiento de sus deberes fiscales en orden a la presentación de documentos que deban aportar o a la práctica de las comprobaciones que las disposiciones aplicables prevengan". Esta última función era precisamente la característica de los Jurados Tributarios.

Tras la supresión del régimen de concierto en Guipúzcoa y Vizcaya por el Decreto-Ley de 23 de junio de 1937, al término de la Guerra Civil, por lo que se refiere a Álava, es dudoso que subsistiesen los Jurados mixtos. El Decreto de 9 de mayo de 1942 no deroga el RD de 9 de junio de 1925, sino que le añade las disposiciones necesarias para adaptar el Concierto a la reforma tributaria aprobada por la Ley de 16 de diciembre de 1940. Respecto de los nuevos impuestos concertados (Impuesto sobre consumos de lujo, Contribución sobre usos y consumos, Contribución sobre la Renta y Contribución excepcional sobre beneficios extraordinarios), el artículo 13 del citado Decreto disponía que "[e]n caso de discrepancia entre la Diputación y la Administración del Estado ... será sometida la divergencia, con todos los documentos y antecedentes precisos a la Dirección General del Ramo a que corresponda la cuestión debatida, contra cuya resolución podrá aquélla interponer recurso ante el Ministro de Hacienda en el plazo de tres meses".

En el nuevo Concierto, aprobado por Decreto de 29 de febrero de 1952<sup>5</sup>, no hay referencia a los Jurados mixtos. Su artículo 7º disponía que la cifra relativa de negocios a efectos de la Contribución de Utilidades se fijaría por acuerdo conjunto del Presidente de la Diputación de Álava y el Delegado de Hacienda. De no existir conformidad resolvía la discrepancia el Director General de Contribuciones y Régimen de Empresas, contra cuyo acuerdo se podía interponer recurso ante el Ministro de Hacienda. De acuerdo con el artí-

mina un establecimiento permanente de dicha empresa.

<sup>5</sup> ZURITA SÁENZ DE NAVARRETE, M., *100 años de Concierto Económico*, Diputación Foral de Álava, Vitoria, 1977, p. 386, lo califica de "5º renovación del Concierto".

culo 22, “[l]as cuestiones que surjan entre el Gobierno y la Diputación de Álava sobre la aplicación e interpretación del régimen de concierto económico, se resolverán siempre de acuerdo entre el Ministerio de Hacienda y dicha Diputación”. En caso de discrepancia, tratándose de impuestos encabezados, el Ministro de Hacienda, oyendo previamente a la Diputación y al Consejo de Estado, dictaría, en definitiva la resolución que estimase procedente, contra la cual la Diputación podía interponer recurso contencioso-administrativo. En el caso de impuestos concertados en régimen de gestión, la discrepancia era sometida a la Dirección General del Ramo correspondiente, contra cuya resolución cabía recurso ante el Ministro de Hacienda; contra la resolución del Ministro podía interponerse recurso contencioso-administrativo.

Durante el periodo histórico conocido como la “transición a la democracia” se aprobó un nuevo Concierto Económico con Álava por Real Decreto 2948/1976, de 26 de noviembre<sup>6</sup>, que refleja todavía el sistema tributario anterior a las reformas iniciadas en 1978. Su artículo 23 reprodujo el mismo sistema de resolución de controversias del Decreto de 29 de febrero de 1952. Por tanto, a diferencia de Navarra, los Conciertos con Álava celebrados durante la dictadura del general Franco no contemplan la existencia de una Junta Arbitral como órgano de resolución de controversias. Para que aparezca hay que esperar hasta el primer Concierto Económico celebrado tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 y del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre. Este es el aprobado por la Ley 12/1981, de 13 de mayo, que abre la historia moderna de esta institución.

En el acta de la Comisión Mixta del Gobierno Vasco y Diputaciones Forales y el Gobierno de la Nación de 29 de diciembre de 1980, incluida en la Memoria del Proyecto de Ley, figuraba una mención de la Junta Arbitral juntamente con la Comisión Coordinadora, bajo el epígrafe “colaboración

entre ambas Administraciones”. La creación de la Junta Arbitral pasó inadvertida por el debate del Proyecto tanto en el Congreso como en el Senado y fue recogida en el artículo 39 de la Ley. La composición de este órgano reproducía la de su homónimo del Convenio con Navarra de 1990: estaba presidida por un Magistrado del Tribunal Supremo designado para un plazo de cinco años por el Presidente de este Tribunal, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial<sup>7</sup> y oído el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y la formaban además ocho Vocales, cuatro representantes de la Administración del Estado designados por el Ministro de Economía y Hacienda y otros cuatro representantes de la Comunidad Autónoma designados por el Gobierno Vasco, tres de los cuales a propuesta de las respectivas Diputaciones Forales. Cuando el conflicto afectase a la Administración de otra Comunidad Autónoma, un representante de la Administración del Estado debía ser sustituido por otro designado por el Consejo Ejecutivo o Gobierno de dicha Comunidad. Es de señalar que el apartado 4 del artículo 39 del Concierto Económico autoriza a la Junta Arbitral para adoptar sus normas de procedimiento en términos idénticos a los del artículo 45.4 del Convenio Económico de 1990.

La Junta Arbitral formada de la manera expuesta nunca se llegó a constituir. El vigente Concierto Económico, aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo, modificó profundamente la composición de este órgano, adoptando la misma que la establecida para Junta Arbitral del Convenio Económico con Navarra por la Ley 25/2003, si bien a diferencia de ésta, que guardaba silencio sobre este punto, prohibía expresamente la designación de sus miembros para un nuevo mandato (el precepto utiliza con cierta impropiedad el término “reelegidos”). Esta prohibición ha desaparecido en virtud de la modificación del Concierto Económico adoptada por la Comisión Mixta en enero de 2014 y formalizada por la Ley

<sup>7</sup> El texto del art. 39.Dos del Concierto dice literalmente “Consejo Superior del Poder Judicial”, errata que no fue advertida en las sucesivas modificaciones que en los años siguientes sufrió este artículo, que afectaron solamente a su apartado 1, en el que se definían las competencias de la Junta Arbitral.

<sup>6</sup> Se trataría, según ZURITA SÁENZ DE NAVARRETE, M., op. cit., p. 555, de la “6ª renovación del Concierto”.

7/2014, de 21 de abril. Al igual que en la reforma del Convenio Económico de 2003, se suprime la facultad de la Junta Arbitral para aprobar sus propias normas reglamentarias. El Reglamento de la Junta fue aprobado por el Real Decreto 1760/2007, de 28 de diciembre, cuyo preámbulo indica que fue acordado por ambas Administraciones en la Comisión Mixta del Concierto de 30 de julio de 2007. En esa misma reunión de la Comisión Mixta se convinieron los componentes iniciales de la Junta Arbitral, cuyo nombramiento fue formalizado por Orden EHA/2603/2007, de 5 de septiembre, y Orden de 2 de enero de 2008 de la Consejera de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco. La Junta celebró su primera reunión constitutiva el 4 de abril de 2008, fecha en la cual inició sus actividades.

Así como en la tramitación parlamentaria del Concierto Económico de 1981 la creación de una Junta Arbitral, que, salvo los tenues antecedentes antes señalados, era novedosa en la tradición del régimen de concierto, no suscitó el más mínimo interés al lado de la cuestión capital de la consolidación de dicho régimen en el marco constitucional, en la tramitación del Concierto Económico de 2002<sup>8</sup> sí aparecen algunas referencias a este órgano no carentes de interés. El debate sobre el Proyecto de Ley en las Cortes Generales fue acompañado por sendos debates en las Juntas Generales de Álava y Vizcaya (la Junta General de Guipúzcoa no llevó a cabo ningún procedimiento) y en el Parlamento Vasco sobre ratificación del acuerdo sobre el nuevo Concierto alcanzado entre los Gobiernos español y vasco, plasmado en el acta de la reunión de la Comisión Mixta del Cupo de 6 de marzo de 2002<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Esta tramitación se encuentra recopilada en el volumen titulado *El Concierto Económico vasco. La renovación de 2002. Fuentes documentales*, edición preparada por Iñaki ALONSO ARCE y publicada por Ad Concordiam, Bilbao, [2003].

<sup>9</sup> DE LA HUCHA CELADOR, F., *El régimen jurídico del Concierto Económico*, op. cit., pp. 63 ss., ha realizado un profundo e interesante análisis crítico del procedimiento de aprobación del Concierto Económico de 2002, poniendo de manifiesto la ausencia de una regulación de dicho procedimiento tanto en el Estatuto de Autonomía como en los Reglamentos del Congreso y el Senado. Señala el citado autor (p. 72) la anomalía de que la aprobación por las Juntas Generales de

Las indicadas alusiones a la Junta Arbitral apuntan a dos aspectos: por un lado, que la nueva composición de la Junta trata de corregir la inoperancia de este órgano en el pasado<sup>10</sup>. Por otro lado, se señala como finalidad de la Junta Arbitral la de evitar la "judicialización" de los conflictos, que es la función primordial del arbitraje<sup>11</sup>.

Álava y Vizcaya de las normas forales de ratificación fuese posterior a la aprobación por el Congreso del Proyecto de Ley del Concierto e incluso la de la norma foral de Álava fuese posterior a la del Senado. En su opinión, es inadecuado el procedimiento de aprobación de una norma foral (pp. 68 s); por el contrario, el Parlamento Vasco no aprobó ninguna ley al respecto. Llega el autor citado a la conclusión de que "[e]n la negociación y aprobación del Concierto vigente, la participación del Parlamento y de las Juntas Generales ha sido jurídicamente irrelevante (porque no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico) aunque el testimonio de acuerdo pueda tener virtualidad política". De lege ferenda propone DE LA HUCHA que se incorporen a la Comisión Mixta del Concierto representantes de las Juntas Generales, del Parlamento Vasco y de las Cortes Generales (pp. 74 s.) a fin de solucionar "el déficit democrático del que adolece el procedimiento de aprobación del Concierto, dada la presencia testimonial de las Juntas Generales y del Parlamento Vasco y el papel reservado a las Cortes Generales, prácticamente obligadas a votar afirmativamente el Anexo al Proyecto de Ley (es decir, el Concierto en sí) sin posibilidad de enmienda alguna".

<sup>10</sup> En la Junta General de Vizcaya celebrada el 30 de abril de 2002, el Diputado Foral de Hacienda Sr. Urizarbarrena Bernardo afirma en su intervención que "este nuevo acuerdo va a posibilitar una convivencia más relajada, ya que se crean mecanismos de concertación y colaboración inexistentes e inoperantes hasta ahora (como la Junta Arbitral)..." (Diario de Sesiones reproducido en *El Concierto Económico vasco. La renovación de 2002. Fuentes documentales*, edición de I. ALONSO ARCE, cit., p. 272, col. izq.). Y más adelante dice que "se ha creado una Junta Arbitral que ahora sí podrá ser plenamente operativa puesto que la anterior, por su composición, era totalmente inoperante" (ibid. p. 273, col. izq.). En la sesión plenaria de las Juntas Generales de Álava celebrada el 13 de mayo de 2002, el Diputado Foral de Hacienda D. Juan Antonio Zárate afirma en su presentación del proyecto de norma foral de ratificación del acuerdo adoptado por la Comisión Mixta del Cupo lo siguiente: "Son también importantes los apartados referentes a la potenciación de los mecanismos de colaboración. Así se crea un capítulo especialmente dedicado a los órganos de concertación, comisiones y Junta Arbitral del Concierto Económico" (ibid., p. 287, col. izq.). En el debate en el pleno del Congreso de los Diputados del 18 de abril de 2002 el Sr. Azpiazu Uriarte aludió a este aspecto afirmando que el nuevo Concierto "[m]odifica la composición de la junta arbitral con un sentido realista que creemos que -esta vez, sí- va a permitir el efectivo funcionamiento de la misma (ibid., p. 596, col. izq.).

### 1.3. Referencia a la Junta Arbitral del territorio común

Para completar el panorama de la Junta Arbitral como órgano de resolución de conflictos en el ordenamiento tributario español es necesario hacer una referencia al órgano de esta denominación al que se encomienda a resolución de los conflictos que surjan en la aplicación de los puntos de conexión y en general en la distribución de las competencias en materia de tributos cedidos a las Comunidades Autónomas de régimen fiscal común. Aunque formalmente las funciones de la Junta Arbitral de la LOFCA son análogas a las de los órganos homónimos de los regímenes forales, el marco constitucional de aquélla y éstos es muy distinto y ello afecta, en nuestra opinión, a su respectiva naturaleza.

La Junta Arbitral del territorio común se creó por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, que añadió a la LOFCA el Capítulo IV, titulado "Resolución de conflictos"<sup>12</sup>. Dicho órgano está presi-

<sup>11</sup> En el debate en el Parlamento Vasco, en su sesión plenaria de 7 de junio de 2002, la Vicepresidenta del Gobierno Vasco y Consejera de Hacienda y Administración Pública, Sra. Zenarrutza Beldarrain, afirma lo siguiente: "Consideramos que el acuerdo sienta las bases para evitar en el futuro la judicialización que en el pasado se ha hecho del desarrollo del Concierto Económico, y para ello se han reforzado los mecanismos de colaboración, coordinación y arbitraje entre las instituciones vascas y la Administración del Estado" (ibid., p. 461). En el debate del pleno del Senado en su sesión del día 8 de mayo de 2002 la Sra. De Boneta y Piedra destacó en su intervención la importancia de la colaboración entre las Administraciones, la cual, "junto con las funciones asignadas a la Junta Arbitral evitarán la judicialización de los conflictos que muy frecuentemente pueden existir entre Administraciones por la diversidad de interpretaciones, lo cual no es más que prueba de una vitalidad y una forma distinta de ver las cosas, pero no tienen por qué asustarnos. Sí sería bueno que cada vez que surja una de estas cuestiones se tuviera en cuenta esta colaboración y se atendiera a esos organismos con los que nos dotamos para evitar, precisamente, que este tipo de conflictos se conviertan en conflictos judiciales" (ibid., p. 657, col. izq.). En su intervención en la misma sesión el Sr. Marimón i Sabaté menciona como uno de los aspectos positivos del nuevo Concierto "[l]a creación de Comisiones mixtas de coordinación y colaboración entre las administraciones vasca y central, evitando de esta forma la judicialización del Concierto".

<sup>12</sup> En el territorio común existía, sin embargo, el precedente de dos órganos con la denominación de Junta

Arbitral creado por un jurista de reconocido prestigio designado para un periodo de cinco años por el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y la componen además cuatro vocales representantes del Estado y cuatro representantes de cada Comunidad Autónoma en conflicto<sup>13</sup>. El RD 2451/1998, de 13 de noviembre, aprobó el Reglamento de la Junta Arbitral de la LOFCA.

## 2. ¿ES LA JUNTA ARBITRAL UN AUTÉNTICO ÓRGANO ARBITRAL?

### 2.1. El arbitraje en Derecho público

La respuesta a la pregunta formulada en la rúbrica de este apartado exige necesariamente tener presente el concepto de arbitraje. José F. MERINO MERCHÁN y José M<sup>a</sup>. CHILLÓN MEDINA<sup>14</sup> lo definen en los siguientes términos: "En un primer intento de conceptualización se puede definir el arbitraje como aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada o por determinar, existente o futura entre ellas, sea resuelta conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea esta dictada conforme a Derecho, ya conforme a equidad, y a la que el ordenamiento le otorga el carácter de título decisorio y ejecutivo". Una definición similar es la formulada por A. HUERGO LORA<sup>15</sup>, según el cual "es un dato

Arbitral creados por la Ley 41/1981, de 28 de octubre, de cesión de tributos a la Generalidad de Cataluña, derogada por la Ley 31/1997, de 4 de agosto. Véase sobre estas Juntas Arbitrales y, en general, sobre la resolución de conflictos en las CCAA de régimen común, RAMOS PRIETO, J., *La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 2001, pp. 746 ss.

<sup>13</sup> La modificación de los artículos 23 y 24 de la LOFCA por la LO 7/2001, de 27 de diciembre, no afectó a la composición de la Junta Arbitral.

<sup>14</sup> *Tratado de Derecho arbitral*, 4<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2014, pág. 237.

<sup>15</sup> *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 153. El artículo 1 de la Ley de Arbitraje de 1988 decía así: "Mediante el arbitraje, las

hoy indiscutido [y que está en la base del art. 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (LA)] que el arbitraje es un medio de resolución de conflictos jurídicos, a través de una decisión (laudo) de unos terceros (los árbitros), decisión que se impone a las partes (heterocomposición). El arbitraje debe ser voluntario, es decir, deben ser las partes quienes decidan acudir al mismo y quienes participen, de un modo u otro, en la elección de los árbitros y en la fijación del procedimiento. El arbitraje, por último, excluye a la vía judicial, de modo que las partes sólo podrán acudir a ésta cuando el convenio arbitral sea nulo, cuando el laudo sea irregular o exceda de algún modo del poder otorgado por las partes a los árbitros, o para pedir la ejecución del mismo, pero lo que no podrán hacer es, siendo válidos el convenio arbitral y el laudo, pedir a un órgano jurisdiccional que resuelva la cuestión litigiosa sometida al arbitraje"

Para un sector de la doctrina el concepto de arbitraje se resume en el de "equivalente jurisdiccional"<sup>16</sup>, cuya creación se atribuye a CARNELUTTI<sup>17</sup>. El término ha sido recibido por el Tribunal Constitucional, que ha calificado al arbitraje como "actividad sustitutiva de la función

---

personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho". Este precepto no ha sido recogido por la vigente Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. La nota fundamental del carácter sustitutivo del arbitraje respecto al proceso ordinario se encuentra en el artículo 11.1 de la nueva Ley: "El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria".

<sup>16</sup> Cfr. MERINO MERCHÁN, J. F., *El "equivalente jurisdiccional" en el Derecho público español*, CEPC, Madrid, 2002.

<sup>17</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, auto-composición y autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 73. Según este autor, sin embargo, las figuras que según el procesalista italiano comprende ese concepto son demasiado heterogéneas. En su opinión, "la sustanciación de un litigio ante jueces privados origina, no ya un 'equivalente' sino un auténtico proceso jurisdiccional, con la peculiaridad de que en él intervienen jueces nombrados por las partes al amparo de la autorización estatal oportuna, sin la cual sólo podrían hacer el papel de mediadores" (ibid., p. 74).

jurisdiccional" siempre que concurren determinados requisitos. Las condiciones exigidas por la doctrina constitucional para que el arbitraje sea un "equivalente jurisdiccional", enumeradas por MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA<sup>18</sup>, son, en síntesis, las siguientes: 1) Que el instituto arbitral esté regulado por una ley formal votada en Cortes Generales; 2º) Que la Ley de Arbitraje tenga carácter estatal, al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado; 3º) Que la voluntariedad del convenio arbitral no ofrezca ninguna duda, de manera que se respete la tutela judicial efectiva; 4º) Que concorra el carácter sustitutivo del arbitraje, de manera que desplace con todas sus consecuencias al proceso judicial ordinario; y 5º) Que las partes acepten asumir el laudo arbitral con efectos idénticos a la cosa juzgada.

Uno de los requisitos esenciales del arbitraje es que la materia objeto de la controversia sea disponible para las partes del convenio arbitral (art. 2.1 de la Ley de Arbitraje 60/2003), es decir, la llamada "arbitrabilidad" del litigio. De aquí que el ámbito propio del arbitraje tanto interno como internacional<sup>19</sup> sea el Derecho privado, en el que se despliega principalmente la autonomía individual. En el campo del Derecho público el arbitraje tiene su ámbito propio de aplicación en las relaciones entre Estados regidas por el Derecho

---

<sup>18</sup> Op. cit., p. 125.

<sup>19</sup> Es necesario distinguir el arbitraje internacional privado del arbitraje internacional público, al que seguidamente nos referiremos. Al arbitraje internacional de Derecho privado se refieren MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, op. cit., pp. 873 ss., como "arbitraje internacional", que delimitan diciendo que "contempla litigios sobrevenidos en relaciones jurídico-privadas afectadas por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único Derecho nacional". Según HUERGO LORA, A., op. cit., pp. 224 ss., se incluye en esta clase el arbitraje en las relaciones comerciales internacionales del Estado, y a este respecto cita la norma de la legislación sobre contratos del Estado en el extranjero, actualmente contenida en el apartado 3 de la Disposición Adicional primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo inciso primero dispone lo siguiente: "En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje".

internacional público<sup>20</sup>, mientras que este ámbito es mucho más restringido en la esfera intraestatal gobernada fundamentalmente por el Derecho administrativo.

MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA<sup>21</sup> afirman a este respecto lo siguiente:

“Con carácter general, el ámbito material del arbitraje en el Derecho administrativo lo constituye la actividad relacional que mantienen las Administraciones con los ciudadanos. Y dentro de ella los actos de naturaleza no regulados o que impliquen el ejercicio de una potestad pública indeclinable, por no ser materia susceptible de libre disposición para las partes y los árbitros en los términos expresados en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje.

Al mismo tiempo, al encontrarse los poderes públicos sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), queda acotado como campo propicio para el arbitraje administrativo el de las actividades básicamente convencionales, entre las que destacan naturalmente las típicamente contractuales.

<sup>20</sup> Aunque el arbitraje internacional puede referirse también a otros sujetos de Derecho internacional, como organizaciones internacionales o incluso entre un particular y un Estado o una organización internacional (“arbitrajes transnacionales”). Cfr. PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6ª. ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 633. Señala este autor que en el Derecho interno el arbitraje “tiene una posición claramente subordinada al proceso judicial; en realidad, aquél es un sucedáneo de éste último, al que sólo cabe recurrir en las condiciones estrictas que marcan los Derechos internos; hay categorías de controversias que se excluyen de la solución arbitral. Pero esta posición subordinada no se da en el Derecho internacional, en el que arbitraje y arreglo judicial sirven para las mismas categorías de controversias y figuran en pie de igualdad” (ibid., p. 632 i.f.). Sobre el arbitraje internacional puede verse el manual de las Naciones Unidas, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, United Nations, New York, 1992, pp. 55 ss. Señala esta obra que una de las características básicas del arbitraje es ser un procedimiento del que resultan decisiones no sólo vinculantes para los Estados sino también definitivas y sin apelación, como las sentencias de los tribunales internacionales.

<sup>21</sup> Op. cit., pp. 341 s.

Debe recordarse que el ámbito propio y tradicional del Derecho público y particularmente del Derecho administrativo, no ha sido precisamente el de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), sino el de la tipicidad de su actuación siempre controlable por los Tribunales de justicia (arts. 97, 103.1 y 106.1 CE)”.

De acuerdo con las afirmaciones anteriores los citados autores delimitan el ámbito del arbitraje en el Derecho Administrativo de la manera siguiente:

“En principio, el ámbito ‘negocial’ de las Administraciones Públicas se contrae a una cuádruple y genérica categoría de manifestaciones: En primer lugar estaría la actividad contractual en que la Administración actúa sometida al derecho privado. En segundo término nos encontramos con la compleja actividad contractual administrativa, en la que las Administraciones públicas se relacionan con particulares pero dentro del marco de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; y el tercer ámbito lo formarían los negocios y contratos excluidos de la LCAP. Aún podría añadirse un supuesto más: los contratos que las Administraciones públicas celebren en el extranjero”.

En el ámbito internacional el compromiso de los Estados de someterse a arbitraje puede ser estipulado antes o después de que surja el litigio. En el primer caso la voluntad de someterlo a arbitraje se puede establecer en un convenio multilateral o bilateral sobre arreglo pacífico de controversias o mediante una cláusula compromisoria incluida en un tratado<sup>22</sup>. En Derecho tributario internacional hay dos ejemplos destacados de regulación del arbitraje<sup>23</sup>. Uno es la adición al artículo 25 (“Procedimiento amistoso”) del Modelo de Convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio de la OCDE, en su actualización de 2008, de

<sup>22</sup> Cfr. Naciones Unidas, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, cit., pp. 57 s.

<sup>23</sup> Para una teoría general del arbitraje en convenios tributarios internacionales sobre la renta véase PARK, William W. y TILLINGHAST, David R., *Income Tax Treaty Arbitration*, edición patrocinada por la IFA, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2004.

un nuevo apartado 5 que establece que cuando las autoridades de los Estados contratantes no se hayan puesto de acuerdo en el plazo de dos años para resolver la cuestión en el marco de un procedimiento amistoso, a instancia del contribuyente se someterán a arbitraje las cuestiones no resueltas<sup>24</sup>. El otro ejemplo es la celebración por los Estados miembros de la Unión Europea del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (90/436/CEE) (Convenio de Arbitraje), que prevé, al igual que el artículo 25 del Modelo de la OCDE, una doble fase en la solución de controversias: amistosa y arbitral. El procedimiento para la aplicación tanto del procedimiento amistoso de los Convenios de doble imposición como del Convenio de Arbitraje en el Derecho interno español está regulado por el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por RD 1794/2008, de 3 de noviembre<sup>25</sup>.

En el ámbito del Derecho público interno, abarcado en su mayor parte por el Derecho administrativo, las controversias que pueden ser objeto de arbitraje pueden clasificarse en tres tipos, atendiendo a las partes del litigio: controversias entre la Administración y un particular, controversias entre dos particulares y controversias entre dos Administraciones. El arbitraje del primer tipo es el que ha suscitado más interés, en cuanto método alternativo para la solución de conflictos que aliviase la carga de los tribunales contencioso-administrativos. El sometimiento a arbitraje de las controversias surgidas en la realización de la actividad de la Administración, que implica habitualmente el ejercicio de poder público, se ha ido abriendo paso paulatinamente, para lo cual ha tenido que vencer obstáculos dogmáticos que rechazaban la posibilidad de que la Administración pudiera transigir o someterse a arbi-

traje. Como señala HUERGO LORA<sup>26</sup>, el arbitraje va más allá de la transacción en cuanto traslada el control de la legalidad de la actuación administrativa a sujetos elegidos por las partes sustrayéndolo a los órganos jurisdiccionales. Estos obstáculos son especialmente fuertes cuando se trata de los derechos de la Hacienda Pública, sobre los que pesa el dogma de la indisponibilidad. La regla tradicional no es, sin embargo, la prohibición absoluta, sino someter la transacción y el arbitraje a la aprobación por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia al Consejo de Estado en pleno (actualmente artículos 7.3 de la Ley General Presupuestaria y 31 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas). En materia de Deuda Pública, especialmente la exterior, el Estado no tiene más remedio que someterse a las condiciones de los mercados financieros, realidad que reconoce el artículo 98.3 de la Ley General Presupuestaria, que autoriza al Ministro de Economía a pactar las condiciones y cláusulas usuales en ellos, "pudiendo acordar el sometimiento a arbitraje o la remisión a una legislación o tribunales extranjeros, siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 23 de esta Ley", es decir, el principio de inembargabilidad de los bienes de la Hacienda Pública.

El arbitraje sobre litigios entre la Administración y los particulares es el que se considera en los estudios existentes sobre los métodos alternativos de solución de controversias en el ámbito tributario, junto con otras técnicas convencionales de naturaleza básicamente transaccional<sup>27</sup>. Es más, según Juan ROSA MORENO<sup>28</sup>, los medios alternativos de resolución de conflictos en general "son mecanismos que se articulan con carácter alter-

<sup>24</sup> Un nuevo apartado 5 siguiendo básicamente el Modelo de la OCDE se añadió al artículo 25 del CDI con Suiza de 26 de abril de 1966 por el artículo 8 del Protocolo de 27 de julio de 2011.

<sup>25</sup> Para un comentario a este Reglamento véase PALAO TABOADA, C., *El Reglamento de procedimientos amistosos*, Tribuna Fiscal, núm. 300, 2010, pp. 107 ss.

<sup>26</sup> Op. cit., p. 175.

<sup>27</sup> Pueden citarse, entre otros muchos, los siguientes: ELORRIAGA PISARIK, G. (coord.), *Convención y arbitraje en el Derecho tributario*; Instituto de Estudios Fiscales/Marcial Pons, 1996; VICENTE-ARCHE COLOMA, P., *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*, Marcial Pons, 2005; ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Derecho tributario y medios alternativos de solución de controversias", en *Medios alternativos de solución de controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, núm. 11 (2007), edición a cargo de I. HEREDIA CERVANTES, pp. 169 ss.

<sup>28</sup> *El arbitraje administrativo*, Universidad de Alicante/MacGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 17.

nativo a las resoluciones administrativas unilaterales en orden a dirimir controversias entre Administración y ciudadanos”.

El reconocimiento con carácter general de esta clase de arbitraje en Derecho administrativo se encuentra para un sector de la doctrina en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, según el cual “[l]as leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo”. Esta norma nunca ha sido desarrollada<sup>29</sup> y ha quedado sin aplicación<sup>30</sup>. Por lo demás una parte de la doctrina niega la naturaleza de arbitraje de la figura prevista en el citado precepto<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, contiene una Disposición Adicional que ordenaba lo siguiente: “En el plazo de dieciocho meses, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el proyecto o proyectos de ley que resulten necesarios para regular los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición”. Este mandato no se ha cumplido.

<sup>30</sup> De ella afirma Marta GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Observatorio del Litoral/Aranzadi, 2011, p. 114, que “las expectativas generadas defraudaron y el precepto se quedó en una invitación tímidamente aceptada y muy lejos de las posibilidades que sugería. Y si algún efecto real tiene que reconocerse a este precepto es el de haber generado bastante confusión en torno a la admisibilidad del arbitraje –que no regula– en el ordenamiento jurídico-público.

<sup>31</sup> Este rechazo se basa fundamentalmente en el hecho de que la figura prevista en el art. 107.2 LRJ-PAC no excluye el recurso contencioso-administrativo: cfr. ROSA MORENO, J., op. cit. pp. 98 ss. y GARCÍA PÉREZ, M., op. cit., p. 114. MERINO MERCHÁN, J. F., El “*equivalente jurisdiccional*”..., cit., pp. 93 ss., observa que la previsión del artículo 107.2 LRJ-PAC carece de aplicabilidad directa hasta tanto no se desarrolle y sostiene que la norma de desarrollo debe ser una ley formal estatal y ajustarse a los principios de la Ley de Arbitraje; en concreto, la voluntariedad del convenio arbitral, el carácter sustitutivo del arbitraje respecto al recurso contencioso-administrativo y producir el efecto de equivalencia jurisdiccional y, por tanto, tener el laudo arbitral el efecto de cosa juzgada. Concluye el citado autor que “el arbitraje previsto en el artículo 107.2 LRAP-

El segundo tipo de controversias en el ámbito del Derecho administrativo que pueden ser sometidas a arbitraje es el de las que se suscitan entre dos particulares y se resuelven por un órgano administrativo. Se trata de la denominada “actividad arbitral de las Administraciones Públicas”<sup>32</sup>, que HUERGO LORA define como la actividad que “realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos”<sup>33</sup>. Esta categoría comprende figuras como el arbitraje en materia de consumo, de seguros, de comunicaciones, etc. Según el citado autor<sup>34</sup>, los factores que han impulsado esta categoría son, por una parte, un defectuoso entendimiento del principio de separación de poderes que llevaba a sustraer determinados asuntos a la jurisdicción ordinaria (la penal, pero sobre todo la civil), encomendando su resolución a órganos más o menos híbridos o directamente administrativos; por otra parte, más recientemente, la proliferación de normas que atribuyen a distintos órganos administrativos misiones arbitrales y otras de resolución de conflictos, llevando al ámbito administrativo controversias que son materialmente civiles<sup>35</sup>. La heterogeneidad de las figuras que caben en el concepto de actividad administrativa arbitral no hace posible formular afirmaciones generales

PAC es (o mejor dicho será cuando se desarrolle), como consecuencia de todo lo anterior, un auténtico arbitraje en sentido técnico jurídico”. Esta opinión se reitera en MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral*, cit., pp. 327 s. Obviamente, si la figura prevista en el citado precepto se regula como un verdadero arbitraje será un arbitraje.

<sup>32</sup> Cfr. HUERGO LORA, op. cit., Cap. IV, pp. 237 ss.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 238 ss. Véase la tipología de la actividad arbitral que expone este autor.

<sup>35</sup> Críticamente sobre la actividad arbitral de la Administración MERINO MERCHÁN, *El “equivalente jurisdiccional”*..., cit. p. 95: “Nunca ha sido función de las Administraciones decidir controversias convirtiéndose en árbitro dirimente de conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. Al menos si consideramos al arbitraje como lo que es, un instituto que aparta a los jueces del Estado del conocimiento de la cuestión litigiosa ... y cuyo laudo sólo puede ser revisado judicialmente por razones extrínsecas...”. El autor califica a estas figuras de “seudoarbitrajes” administrativos. V. t. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, op. cit., pp. 328 s.

sobre su naturaleza, que si bien en algunos casos puede ser arbitral en sentido estricto, en otros muchos se trata, en palabras de HUERGO LORA<sup>36</sup>, de una actividad "típicamente administrativa, dirigida a limitar la actividad de determinados particulares (los operadores) para garantizar que el funcionamiento de un sector económico se ajuste a determinados principios (competencia, igualdad entre operadores, etc.) considerados como de interés público o conformadores de un 'orden público' sectorial". Añade dicho autor que "no cabe hablar aquí de neutralidad de la Administración en la resolución del conflicto", porque "es comprensible que la Administración se incline a favor de aquel sujeto cuyas tesis sean más favorables [al] interés público" que justifica la intervención administrativa<sup>37</sup>. "De ahí –añade– que la decisión administrativa que se dicte para resolver el conflicto tenga que ser recurrible en toda su amplitud, no sólo porque falta un acuerdo de las dos partes que someta el conflicto a la Administración, sino por falta de neutralidad objetiva". Esta recurribilidad aleja a estas figuras del arbitraje propiamente dicho.

El tercer tipo de arbitraje en Derecho público interno atendiendo a las partes del conflicto es aquel en que dichas partes son Administraciones Públicas. Supuesto que no es admisible que dos entes públicos sometan a arbitraje una controversia ya surgida entre ellos, que deberá ser resuelta por los cauces administrativos o jurisdiccionales previstos para ello, el sometimiento a arbitraje debe estar establecido como cláusula de un convenio sobre un determinado objeto material. Tales convenios pueden celebrarse entre Administraciones territoriales: el Estado con las Comunidades Autónomas o éstas entre sí, o el Estado y las Comunidades Autónomas con entidades locales o las Corporaciones locales entre sí. La Ley 30/1992 regula en sus artículos 6 a 8 los convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas; el artí-

culo 145.2 CE prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas celebren convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, en los términos previstos en los respectivos Estatutos. Por su parte, el artículo 57 de la Ley de Bases de Régimen Local contempla la posibilidad de que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas pueda tener lugar mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban. Los convenios pueden celebrarse también por organismos autónomos dependientes de Administraciones territoriales, incluso con aquella de la que dependen<sup>38</sup>.

Pues bien, la doctrina afirma la "arbitrabilidad" de los conflictos que surjan en la aplicación de los convenios<sup>39</sup>. Concretamente se señala la posibilidad prevista en el artículo 6.3 LRJ-PAC de que el convenio de colaboración entre el Estado y una Comunidad Autónoma cree un "órgano mixto de vigilancia y control", que "resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento" que pueda plantear dicho convenio, y se sostiene que la previsión del arbitraje desplaza al orden jurisdiccional contencioso-administrativo salvo en las cuestiones indisponibles. Entre éstas se encuentran las competencias atribuidas por la Constitución y las leyes, que son irrenunciables. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO<sup>40</sup> observa que ha sido habitual en la práctica convencional la creación de una comisión mixta de seguimiento al amparo del artículo 6.3 LRJ-PAC e incluso se ha llegado a pactar el sometimiento a arbitraje. A su juicio, sin embargo, tales cláusulas no pueden significar la renuncia a la acción judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera que "si una de las partes decide ejercitar la acción ante

<sup>36</sup> Ibid., p. 258.

<sup>37</sup> Ibid., p. 260. Véanse en las páginas siguientes los obstáculos constitucionales que se oponen a la actividad administrativa de solución de conflictos, en especial, la posible vulneración de la reserva de jurisdicción del artículo 117.1 CE.

<sup>38</sup> Cfr. sobre las clases de convenios interadministrativos atendiendo a los sujetos que los celebran, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 105 ss.

<sup>39</sup> Cfr. FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P. y AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, vol. II, Consejo General del Poder Judicial/Fundación Wellington, Madrid, 2004, pp. 155 ss.

<sup>40</sup> Op. cit., pp. 402 ss.

un tribunal, la contraparte no podrá, con carácter general, oponer a la admisión del recurso la suscripción de una cláusula del tipo mencionado; excepción esta que es extraña a la estructura del proceso contencioso-administrativo, pues ... los presupuestos procesales (en este caso la jurisdicción) son cuestiones de orden público procesal no sujetas, en principio, a la disposición de las partes. El tenor literal del artículo 8.3 LRJPAC, para los convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas... no parece ser suficientemente claro como para entender que el legislador hubiera querido, en este punto, modificar las reglas generales de la legislación procesal administrativa". En opinión del citado autor, la declinatoria fundada en una cláusula arbitral de un convenio exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, actualmente artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre (Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno).

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, lleva por título "Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado". La segunda parte de este título refleja la inclusión en esta disposición de una Disposición adicional única que establece un cauce para la resolución de las "controversias jurídicas en la Administración General del Estado". La preposición "en" expresa que las controversias reguladas se originan en el interior de la Administración estatal. En efecto, se trata de conflictos entre ésta y determinados entes públicos institucionales dependientes de ella, que la norma delimita subjetiva y objetivamente<sup>41</sup>. El procedimiento creado por la Disposición adicional consiste en someter la controversia a la decisión de una llamada Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias

<sup>41</sup> La Disposición Adicional Primera del Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley General Tributaria de junio de 2014 excluye de este procedimiento a "las controversias que tuviesen su origen en cuestiones relativas a la aplicación del sistema tributario o aduanero y las relativas a procedimientos cuya gestión estuviese encomendada a la Administración tributaria".

Administrativas presidida por el Ministro de la Presidencia, los Ministros de Economía y Hacienda y Justicia como vocales natos y el Ministro o Ministros de los Departamentos afectados por la controversia<sup>42</sup>. Solamente interesa señalar aquí que la doctrina niega unánimemente la naturaleza arbitral de este procedimiento, a pesar de que el inciso segundo del apartado 5 de la Disposición adicional establezca que la resolución de la Comisión Delegada no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto<sup>43</sup>; en

<sup>42</sup> Para un análisis de esta Disposición adicional véase GARCÍA PÉREZ, M., op. cit., cap. VIII, pp. 155 ss.; PÉREZ DEL BLANCO, G., "El 'arbitraje institucional' o procedimiento administrativo para la resolución de los conflictos interadministrativos en la Administración General del Estado", cap. 6º de DAMIÁN MORENO, J. (dir.), *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, La Ley, 2011, pp. 175 ss.; MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, op. cit., pp. 233 s.

<sup>43</sup> Según PÉREZ DEL BLANCO, op. cit., pp. 177 s., la naturaleza jurídica de la figura regulada por la Disposición Adicional es la de un mecanismo interno de resolución de conflictos; se trata de una norma organizativa, de naturaleza administrativa, no procesal. Señala este autor (p. 179) que la institución regulada no es arbitral dado que la voluntad de las partes es irrelevante a los efectos de atribuir al órgano (Comisión Delegada) la potestad para resolver conflictos. Añade más adelante (p. 181) que el tipo de conflictos a los que se refiere esta Disposición no pueden ser planteados en ningún caso ante la jurisdicción, por lo que no es un procedimiento alternativo a ésta. En opinión del citado autor, la naturaleza del órgano resolutorio, la supresión de cualquier referencia al procedimiento administrativo para la tramitación y al ordenamiento jurídico administrativo para su resolución y la supresión del control jurisdiccional de la resolución del conflicto hacen que el procedimiento no tenga la naturaleza de un acto administrativo sino un acto de carácter político (p. 183). GARCÍA PÉREZ, op. cit., p. 162, considera que la relación de instrumentalidad que existe entre la Administración territorial y las entidades institucionales "excluye cualquier intento de vislumbrar, tras la disposición adicional contenida en la Ley 11/2011, un arbitraje en sentido estricto. Estamos en puridad y con alguna salvedad, ante una manifestación del poder de dirección que se reconoce a la Administración gubernativa sobre sus entes instrumentales". Recuerda la autora en este sentido la prohibición de interponer recurso contencioso-administrativo que establece el artículo 20 la Ley de la Jurisdicción respecto de esta clase de entidades. Señala, sin embargo, GARCÍA PÉREZ que entre la Administración matriz y el ente dependiente pueden existir controversias que no encajan en la relación de instrumentalidad, las cuales son susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Respecto de éstas, en opinión de la citada autora, la resolución de la Comisión Delegada tiene el valor cuasi-jurisdiccional del laudo arbitral, por lo que el procedimiento constituye un arbitraje en sentido es

consecuencia pone de manifiesto lo inadecuado de su inserción en una Ley de modificación de la Ley de Arbitraje y considera que su lugar adecuado sería la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)<sup>44</sup>.

## 2.2. Naturaleza jurídica de la Junta Arbitral

### 2.2.1. Opiniones doctrinales

Salvo excepciones aisladas, la doctrina considera que las Juntas Arbitrales del Concierto y el Convenio no son órganos arbitrales; es decir, que su actuación para la resolución de conflictos no es un arbitraje, sino una vía especial de recurso administrativo. Así, HUERGO LORA<sup>45</sup>, refiriéndose no sólo a las Juntas de los territorios forales sino también a la de la LOFCA, afirma que "[e]s evidente... que las Juntas Arbitrales no constituyen en sentido estricto una institución arbitral, entre otras cosas porque sus resoluciones pueden ser libremente impugnadas en vía contencioso-administrativa, por lo que no excluyen la vía judicial ni son alternativas a ella". En opinión de este autor, "la mecánica de las Juntas Arbitrales, y en especial de la incorporada a la LOFCA, se corresponde más con un procedimiento de conciliación", si bien esta opinión se funda en la composición de la Junta Arbitral del territorio común, aunque cuando se formula dicha composición coincide básicamente con las de los territorios forales<sup>46</sup>.

tricto. Sin embargo, la regulación del procedimiento no es coherente con esta naturaleza, en aspectos como la independencia de los árbitros o el carácter voluntario del arbitraje (pp. 166 s.). A juicio de MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, op. cit., p. 234, "no estamos ante un auténtico arbitraje, sino ante una simple comisión de resolución de conflictos que viene a sustituir al recurso de alzada impropio, en el que los conflictos entre órganos sometidos al ministerio de tutela son resueltos por el superior jerárquico".

<sup>44</sup> Cfr. PÉREZ DEL BLANCO, op. cit., pp. 179 s. GARCÍA PÉREZ, op. cit., p. 160, recuerda que en el Congreso de los Diputados se presentaron varias enmiendas que proponían la ubicación de la norma comentada en la LOFAGE o incluso en la Ley 30/1992.

<sup>45</sup> Op. cit., pp. 216 ss.

<sup>46</sup> En efecto, afirma HUERGO LORA lo siguiente: "El hecho de que la decisión de la Junta no se imponga a

Análogamente FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO<sup>47</sup>, que se refieren también conjuntamente a las Juntas Arbitrales de los territorios forales y a la del territorio común, opinan que "[r]esulta claro que no estamos ante un mecanismo de arbitraje propiamente dicho, puesto que las Juntas Arbitrales no son órganos de sumisión voluntaria y sus resoluciones pueden ser impugnadas, como se ha dicho, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que no excluyen la vía judicial ni son una alternativa de ésta. Los particulares no quedan vinculados por la resolución de la Junta Arbitral que pueden impugnar en vía contencioso-administrativa como un acto administrativo. Por ello puede concluirse que se trata de un mecanismo de conciliación o de especial resolución de conflictos en la vía previa a la jurisdiccional, caracterizado por el establecimiento de un órgano de composición paritaria". Nuevamente hay que señalar que esta última afirmación vale para la Junta Arbitral de la LOFCA, pero no para las del Concierto y el Convenio desde la revisión de éstos en 2002 y 2003,

las partes, y sobre todo que en ellas se dé una clara separación entre un sujeto neutral y técnico, el Presidente, que elabora y presenta a los demás miembros una propuesta de resolución, y esos otros miembros que dependen directamente de las partes en conflicto y para los que no se exige ninguna cualificación técnica, da a entender que la función de la Junta consiste en alcanzar, sobre la base de la propuesta del Presidente, soluciones aceptadas por ambas partes. Mientras que la esencia del arbitraje consiste en que, una vez otorgado el consentimiento al mismo, se va a alcanzar una solución vinculante para las partes, la Junta Arbitral sólo logrará evitar el recurso a los Tribunales en la medida en que se logre convencer a ambas partes de la conveniencia de someterse a su resolución, puesto que en caso contrario la que haya perdido la votación podrá ir a la vía judicial. Si la Junta Arbitral tiene sentido es sólo porque su composición y procedimiento pueden facilitar la consecución de soluciones de consenso". Ahora bien, esta reflexión es válida cualquier que sea la composición de la Junta; es más, es aplicable a la decisión de cualquier órgano frente a la cual sea admisible recurso. Cuestión distinta es que una Junta formada por representantes de las partes en conflicto tienda materialmente a adoptar posiciones conciliadoras. Lo mismo cabe decir de la afirmación que hace el autor más adelante: "La eficacia práctica de la Junta Arbitral depende, en consecuencia, de que se ajuste en sus resoluciones a la jurisprudencia recaída, si la hay, o de que las justifique convincentemente en los casos en que no haya jurisprudencia, al objeto de que ésta siga sus criterios en lugar de rectificarlos".

<sup>47</sup> Op. cit., p. 165.

respectivamente, a raíz de las cuales los miembros de la Junta Arbitral ya no representan a ninguna Administración sino que son nombrados por acuerdo entre ellas.

DE LA HUCHA CELADOR parte de la afirmación de que la Junta Arbitral del Concierto –al igual que la del Convenio– es desde 2002 “un órgano exclusivamente administrativo sin intervención alguna de persona u órgano perteneciente al poder judicial” como premisa para su crítica al sistema de recurso contra sus acuerdos –atribuido, como es sabido, a la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo. A juicio del citado autor, el recurso debería seguir las reglas generales, como sucede respecto de la Junta Arbitral de la LOFCA (art. 13 de su Reglamento; la Disposición Adicional 4ª, apartado 4, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece específicamente la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional)<sup>48</sup>.

También en la autorizada opinión de I. MERINO JARA la Junta Arbitral del Concierto es un “órgano colegiado de carácter administrativo”; la posibilidad de recurrir judicialmente contra sus decisiones “aleja a esta figura del arbitraje”<sup>49</sup>.

Señala SIMÓN ACOSTA<sup>50</sup> las dos diferencias importantes que separan a la Junta Arbitral de la

<sup>48</sup> *El régimen jurídico del Concierto Económico*, cit., p. 165. Vid. t., *El régimen jurídico del Convenio Económico*, cit. pp. 194 ss. Considera F. DE LA HUCHA que la justificación de la atribución al Tribunal Supremo del recurso contra las resoluciones de la Junta Arbitral, establecida por el Concierto de 1981, derivaba del hecho de que su Presidente fuese un Magistrado de dicho Tribunal. Cabe objetar a la tesis de este autor que la participación de un miembro de la Magistratura en la Junta no influye sobre la naturaleza de esta. La crítica del sistema de impugnación de los acuerdos de la Junta Arbitral debe basarse en otro orden de consideraciones.

<sup>49</sup> “Acerca de la ‘inexistente’ Junta Arbitral del Concierto Económico”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 6/2006, texto electrónico, Base de Datos Aranzadi, ref. BIB 2006\836. Vid. t., del mismo autor, “La Junta Arbitral del Concierto Económico”, *RVAP*, núm. 75, 2006, pp. 81 ss. (p. 89): “En su actual configuración el procedimiento ante la Junta Arbitral es sustancialmente diferente del arbitraje”.

<sup>50</sup> SIMÓN ACOSTA, E., “La Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a

LOFCA de los arbitrajes regulados por la Ley 60/2003: que su intervención no es voluntaria o disponible por las partes y que sus pronunciamientos están sometidos a control y revisión jurisdiccional plenos.

En contra de la postura mayoritaria, se ha sostenido<sup>51</sup> el carácter arbitral de la Junta de régimen común, que de los tres órganos de esta clase, de resolución de conflictos entre Administraciones sobre competencias en materia tributaria, es posiblemente aquel en que dicho carácter está más desdibujado.

La naturaleza administrativa de las Juntas Arbitrales se da por supuesta en los Reglamentos de todas ellas, que declaran aplicable supletoriamente la Ley 30/1992<sup>52</sup>. Esta naturaleza es acep-

las Comunidades Autónomas: su naturaleza”, en *Estudios de Derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, t. II, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 1937 ss. (pp. 1941 s.). En opinión de este autor (ibid, p. 1945), “el procedimiento ante la Junta Arbitral es una técnica de coordinación de administraciones diferentes, que tiene su fundamento en el artículo 157.3 de la Constitución Española (‘normas para resolver los conflictos que pudieran surgir’)”.

<sup>51</sup> Esta tesis se atribuye a R. CALVO ORTEGA por VICENTE-ARCHE COLOMA, op. cit., p. 149, que cita asimismo como partidarios de ella a I. CRUZ PADIAL e Y. GARCÍA CALVENTE. La autora, sin embargo, se adhiere a la opinión de TORNOS MAS, según la cual en los casos en que el recurso administrativo se resuelve por un órgano colegiado independiente y compuesto por especialistas en la materia no se está ante un arbitraje si falta la nota de la cosa juzgada propia de éste. A juicio de la citada autora, el procedimiento ante la Junta Arbitral de la LOFCA constituye un recurso administrativo previo al judicial. RAMOS PRIETO, op. cit., p. 750, nota 140, cita la opinión de A. AGULLÓ AGÜERO en el sentido de que la impugnabilidad de las resoluciones indica que el procedimiento previsto en la LOFCA no es propiamente un arbitraje sino “una especie de recurso de reposición ante un órgano independiente u objetivo”, figura esta que es en cierto modo una contradicción en los términos. También menciona RAMOS la opinión de CALVO ORTEGA en contra de la recurribilidad de los acuerdos de la Junta Arbitral, lo cual es coherente con la tesis del carácter arbitral de ésta.

<sup>52</sup> Arts. 8 y 9 del Reglamento de la Junta Arbitral del Convenio, art. 8 del Reglamento de la Junta Arbitral del Concierto y arts. 7 y 8 del Reglamento de la Junta Arbitral de la LOFCA. UTANDE SAN JUAN, J. M., “Las Juntas Arbitrales del Concierto y el Convenio como vía para la resolución de conflictos tributarios forales”, *Impuestos*, 2010, t. I, p. 221, [citada aquí por su texto electrónico en la base de datos de La Ley, ref. 1761/2010, apartado

tada sin vacilación por el Tribunal Constitucional, que en su sentencia 26/2008, de 11 de febrero, FJ 7, acepta la tesis del Abogado del Estado de que "esta vía arbitral, prevista en la Ley del concierto, ha de conceptuarse como un tipo singular de vía administrativa previa, que termina con un acuerdo que es un acto administrativo revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa y, dentro de ella, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 39.5)"<sup>53</sup>.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2013 (rec. 538/2012) formula una variante peculiar de la tesis de la naturaleza administrativa de la Junta Arbitral, en este caso del Concierto Económico. En su resolución R 13/2012, de 28 de septiembre, la Junta Arbitral se había declarado competente para conocer de un conflicto planteado por la Diputación Foral de Álava frente a la Comunidad Foral de Navarra, en contra de lo sostenido por esta Comunidad. La citada sentencia, en lugar de enfrentarse con esta interesante y compleja cuestión, la elude mediante el siguiente subterfugio (FD 4º):

Il.1), pone de manifiesto el significado, por lo demás obvio, de esta remisión como expresión de la naturaleza administrativa de las Juntas del Concierto y el Convenio. Sin embargo, el primer argumento que aduce el citado autor como prueba de esta naturaleza es "el hecho de que sus miembros son nombrados por autoridades administrativas (poder ejecutivo) y no se integran en el poder judicial". Lo segundo es evidente; en cuanto a lo primero, habría que puntualizar que el nombramiento de los miembros, en el caso de la Junta Arbitral del Concierto, por sendas órdenes del Ministro de Hacienda y el Consejero de este ramo del Gobierno vasco es una mera formalización del acuerdo alcanzado por la Comisión Mixta, en el seno de la cual estas autoridades, junto con los restantes miembros de la Comisión, no actúan como órganos administrativos sino en el desempeño de una función predominantemente política. Tampoco compartimos la afirmación del citado autor de que "su ubicación [la de las Juntas Arbitrales forales] en el sistema de recursos es parecida a la de [los órganos económico-administrativos]", como resulta de las propias diferencias entre unas y otras señaladas por UTANDE. Lo único que tienen en común es que, según la tesis generalmente aceptada, son una vía administrativa previa a la jurisdiccional.

<sup>53</sup> El artículo citado corresponde al Concierto de 1981, que disponía que los acuerdos de la Junta Arbitral serán únicamente susceptibles de recurso en vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo. La misma norma se contiene en el artículo 67, párrafo segundo del vigente Concierto Económico.

"[L]a función resolutoria de los conflictos por parte de la Junta Arbitral se inscribe, dentro de un procedimiento administrativo y, en concreto, se configura como mero trámite administrativo, esto es, como se ha dicho por este Tribunal en incontables ocasiones, como 'vía administrativa previa a la jurisdiccional'. Así es, el conocimiento de los litigios competenciales entre Administraciones públicas corresponde a este orden jurisdiccional por mandato constitucional y reconocimiento legal; este es el presupuesto realmente importante en el que debe inscribirse la función de resolución de los conflictos entre las Administraciones por parte de la Junta Arbitral, por lo que las dificultades o complejidades procedimentales, en modo alguno pueden perjudicar fatalmente el derecho al acceso a los tribunales de justicia, tutela judicial efectiva, para la posible resolución judicial del conflicto surgido entre las administraciones".

La Sala pone de manifiesto como un "plus argumental" el interés del contribuyente en la resolución del conflicto:

"[E]l conflicto entre las Administraciones no se hace en abstracto, sino que tiene como misión clarificar situaciones que hagan posible la mejor gestión dirigida a procurar los ingresos necesarios a través de los tributos, en los que siempre cabe descubrir en última instancia al contribuyente sobre el que va a recaer la obligación de hacerlos efectivos, cuyo interés en la resolución del conflicto entre las Administraciones es evidente, en tanto que la resolución del mismo afecta directamente a sus intereses y garantías básicas como tal contribuyente, y que, por ende, tiene derecho a que se le facilite el acceso a la vía jurisdiccional como medio para delimitar y clarificar su situación tributaria".

Llega así a la siguiente conclusión:

"[C]onforme a los razonamientos anteriores, dado que los conflictos entre Administraciones públicas deben dilucidarse ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al

que le corresponde el conocimiento de los litigios competenciales entre Administraciones Públicas basadas en el Derecho Administrativo, tiene valor el pronunciamiento impugnado de la Junta Arbitral, en lo que interesa, en cuanto se ha cumplido el tipo singular de vía administrativa para resolver los conflictos de competencia previstos en la citada Ley 12/2002, que se configura como vía administrativa previa a la jurisdiccional; sin que haya lugar, por tanto, a declarar la nulidad solicitada por falta de competencia de la Junta Arbitral".

Traducidos los párrafos transcritos a un lenguaje llano, la argumentación de la Sala Tercera viene a ser la siguiente: la resolución de la Junta Arbitral es un acto puramente formal, "un mero trámite administrativo", cuya única función es dar paso a la decisión de los tribunales, que son los realmente competentes para decidir los conflictos de competencias entre las Comunidades Autónomas; en consecuencia, la cuestión de si la Junta es competente o no para conocer del conflicto es irrelevante, pues su papel se agota con el cumplimiento de esa función formal, por lo que no tiene sentido pronunciarse sobre la alegada nulidad de la resolución de la Junta Arbitral por falta de competencia.

Es claro que esta peregrina tesis no es aceptable: la Junta Arbitral tiene una función sustancial de resolución de conflictos que por principio está en condiciones de cumplir, por lo que es obvio que sus resoluciones no son actos de mero trámite. El recurso contencioso-administrativo que cabe contra ellas no es la finalidad última del procedimiento ante la Junta Arbitral, sino un sistema de control jurisdiccional accidental, puesto que depende de que las personas legitimadas hagan uso de su derecho a interponerlo. En el ejercicio de esta función de control el Tribunal Supremo no puede, sin incurrir en incongruencia omisiva -vicio del que adolece la citada sentencia-, prescindir de resolver la cuestión preliminar de la competencia de la Junta Arbitral. Es más, como veremos a continuación, la existencia de recurso jurisdiccional contra las resoluciones de la Junta Arbitral es una cuestión sujeta a debate.

En efecto, la posibilidad de recurso contra las resoluciones de la Junta Arbitral parece ser el obstáculo fundamental que la doctrina encuentra para reconocer carácter arbitral a ese órgano. En vista de ello cabe preguntarse si sería por un lado oportuno y por otro constitucionalmente admisible eliminar tal recurso, convirtiendo a los acuerdos de la Junta en definitivos. Se plantearía también la cuestión de si semejante eliminación bastaría para conferir inequívoco carácter arbitral a la Junta.

2.2.2. ¿Es deseable y posible suprimir la revisión jurisdiccional de los acuerdos de la Junta Arbitral?

Algunos autores han manifestado una opinión contraria a la recurribilidad de las resoluciones de las Juntas Arbitrales<sup>54</sup> o dudas sobre su conveniencia. En este sentido MERINO JARA<sup>55</sup> observa que si se convierte en "normal" que la Administración a la que la Junta Arbitral no le da la razón recurra la decisión, "no se acaban de ver las ventajas de esta medida de solución de conflictos frente a otras más clásicas como pueden ser los recursos administrativos". Concluye que "quizás hubiera sido preferible que se hubiera optado por una solución más próxima al arbitraje". Por nuestra parte pensamos que un sistema de estas características choca todavía con las ideas dominantes sobre el ámbito posible del arbitraje en la esfera administrativa. Para que sea políticamente viable es necesario que la Junta Arbitral demuestre en la práctica, con la calidad y la rapidez de sus resoluciones, la bondad de dicho sistema.

Por otra parte, se plantea la duda de si, aun siendo políticamente deseable, un sistema arbitral en sentido estricto sería compatible con la Constitución. Más atrás hemos señalado las dificultades que presenta la utilización del arbitraje en el ámbito del Derecho público teniendo en cuenta el principio de legalidad de la actividad administrativa (art. 103.1 CE) y el de acceso a la jurisdicción (art. 106.1 CE), en virtud del cual no puede haber materias inmunes al control jurisdic-

<sup>54</sup> Véase la de CALVO ORTEGA, citada *supra* en la nota 51.

<sup>55</sup> "Acerca de la 'inexistente' Junta Arbitral del Comercio Económico", cit.

cional. Esta duda ya surgió con relación a otra institución vasca que tiene semejanza en algunos aspectos con la Junta Arbitral: la Comisión Arbitral establecida por el artículo 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco como órgano de resolución de conflictos de competencia "internos" al sistema jurídico de esta Comunidad Autónoma, es decir, los suscitados entre las instituciones comunes y las de los Territorios Históricos. La norma estatutaria está desarrollada por la Ley 13/1994, de 30 de junio, del Parlamento Vasco, Ley de la Comisión Arbitral (LCA). La composición de la Comisión Arbitral es similar a la que tenía hasta 2002 la Junta Arbitral: la preside el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y la forman además seis vocales, tres de los cuales son designados por el Gobierno Vasco y otros tres por cada Diputación Foral.

Las dudas de constitucionalidad se originan a la vista del artículo 68.1 LCA, que declara no recurribles las resoluciones de conflictos de competencia. A este precepto vino a añadirse la Disposición Adicional Primera, apartado 2, de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que excluye expresamente del conocimiento de esta jurisdicción a las resoluciones de la Comisión Arbitral<sup>56</sup>.

La posible vulneración por estas normas del artículo 106.1 CE, entre otras consideraciones, motivó el planteamiento de dos cuestiones de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que no llegaron ser resueltas por el Tribunal Constitucional al haber desistido la Diputación Foral de Álava de sus recursos contra las resoluciones de la Comisión Arbitral<sup>57</sup>. El pro-

<sup>56</sup> Este conjunto normativo se completa con la Disposición Adicional Cuarta, apartado 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, añadida por la LO 7/1999, de 21 de abril, que dispone lo siguiente: "Los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco y las de cada uno de sus Territorios Históricos se regirán por lo dispuesto en el artículo 39 de su Estatuto de Autonomía".

<sup>57</sup> Para una información más detallada sobre estas cuestiones de inconstitucionalidad, véase COBREROS MENDAZONA, E., "Un asunto sin resolver: la cuestionada constitucionalidad de la irrecurribilidad ante la Jurisdic-

blema sigue, por tanto, situado en el plano del debate doctrinal, en el cual COBREROS MENDAZONA<sup>58</sup>, a quien seguimos, sostiene la constitucionalidad de la regulación de la Comisión Arbitral apoyándose en diversos argumentos que en buena medida son aplicables a la Junta Arbitral, por lo que trataremos de resumirlos a continuación.

La admisión de la constitucionalidad de la exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de las resoluciones de la Comisión Arbitral exige plantearse con carácter preliminar la cuestión de la naturaleza de este órgano, al menos negativamente, para rechazar que sea un órgano administrativo, puesto que en este caso la inconstitucionalidad de dicha exclusión caería por su propio peso<sup>59</sup>. El debate doctrinal sobre esta cuestión presenta un interesante paralelismo con el relativo a la naturaleza de la Junta Arbitral. COBREROS MENDAZONA<sup>60</sup> resume en tres las tesis sobre la naturaleza de la Comisión Arbitral: 1) La que lo considera un órgano de arbitraje *sui generis*; 2) La que estima que se trata de un órgano administrativo; y 3) La que entiende que realiza una función materialmente jurisdiccional. Las objeciones a la primera tesis coinciden sustancialmente con las que se oponen a su aplicación a la Junta Arbitral; en definitiva, la dificultad de aplicar el arbitraje en el ámbito del Derecho público, que ya conocemos.

En cuanto a la segunda, uno de sus "flancos débiles" sería, según el citado autor, "la propia inanidad e incluso disfuncionalidad de la previsión

ción Contencioso-Administrativa de las resoluciones de la Comisión Arbitral", artículo incluido en el volumen del mismo autor *Escritos sobre la Comisión Arbitral*, IVAP, Oñati, 2009, pp. 125 ss.

<sup>58</sup> Cfr. "La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión Arbitral", en *Escritos sobre la Comisión Arbitral*, cit., pp. 71 ss. El análisis del autor se refiere no sólo a la eventual vulneración del artículo 106.1 CE, que es el que aquí nos interesa, sino también a la de otros preceptos constitucionales, como los reguladores de la competencia del Parlamento Vasco o el artículo 24.1 CE que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva.

<sup>59</sup> Cfr. COBREROS MENDAZONA, *ibid.*, p. 105.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 76 ss.

estatutaria: si se articula la intervención de la Comisión Arbitral como un mero recurso administrativo, tendríamos todas las conocidas desventajas de la vía administrativa previa clásica y ninguna de sus ventajas (que, en su caso, se reportan a los particulares), a pesar de algún voluntarioso vaticinio". Alude COBREROS a ciertos autores auguran que la Comisión Arbitral "gozaría de una especie de reconocimiento que favorecería la aceptación voluntaria de sus resoluciones por todas las partes afectadas, no impugnándolas ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa"<sup>61</sup>. Esta crítica coincide con la que, como hemos visto, se hace a la posibilidad de recurso contra las resoluciones de la Junta Arbitral.

COBREROS MENDAZONA rechaza la equiparación a la Junta Arbitral –dando implícitamente por supuesto su carácter administrativo– señalando que la revisabilidad de sus resoluciones está claramente establecida por sus normas reguladoras; observa además que mientras que el legislador puede disponer libremente de la Junta Arbitral, a la que podría hacer desaparecer, la Comisión Arbitral es un órgano estatutariamente exigido por lo que su existencia está sustraída a la voluntad del legislador tanto estatal como autonómico. Finalmente, observa el citado autor que alguna de las funciones de la Comisión casa mal con su caracterización como órgano administrativo, como la de resolver las que la LCA denomina "cuestiones de competencia", que se plantean respecto a proyectos de ley del Parlamento Vasco o proyectos de Norma Foral antes de su aprobación. Cabe puntualizar únicamente que la Junta Arbitral tampoco puede ser modificada o eliminada unilateralmente por el Estado o por las instituciones vascas, ya que al estar establecida en el Concierto Económico es necesario el acuerdo de ambas para la modificación de éste.

La tercera de las tesis apuntadas se apoya en la autoridad de LEGUINA VILLA<sup>62</sup>, en opinión del cual la Comisión Arbitral es un órgano autonómico, directamente ordenado al Estatuto y habi-

litado por éste para declarar sin apelación a quién corresponde ejercer las competencias estatutarias. Su única función sería preservar el equilibrio institucional entre "autonomía" y "foralidad" dentro de la Comunidad Autónoma Vasca. Aunque no forma parte del poder judicial, la función que desempeña, con explícita cobertura en el bloque de la constitucionalidad (Disposición Adicional Primera de la Constitución y art. 39 EAPV) es sustancialmente idéntica a la función jurisdiccional. Observa COBREROS MENDAZONA<sup>63</sup> que esta construcción "es la que ofrece una interpretación más útil a la previsión autonómica y la que resulta más funcional, al no considerar su intervención como un mero requisito procedimental a cumplir para alcanzar la resolución judicial definitiva (buscada por quien desea ver preservada su perturbada competencia), que se vería simplemente retrasada por la existencia de la Comisión Arbitral. Recordemos que a esto es a lo que reduce la función de la Junta Arbitral la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2013.

La tesis de la naturaleza materialmente jurisdiccional de la función de la Comisión Arbitral es la que, a juicio de COBREROS<sup>64</sup>, justifica la exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa. En definitiva, el autor rechaza la alternativa rígida órgano judicial/órgano administrativo y afirma que "resulta más adecuado considerarla como un órgano que, contemplado y diseñado en la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, reúne las características propias de un órgano independiente, imparcial y *supra partes*, que dirime las controversias exclusivamente conforme al ordenamiento jurídico y con las formas y garantías de los procesos judiciales"<sup>65</sup>. Termina COBREROS su estudio con la siguiente atinada reflexión<sup>66</sup>: "En todo caso –pero esto ya es una cuestión diferente– será responsabilidad de la propia Comisión Arbitral ganarse el respeto de las instituciones afectadas y también de los operadores jurídicos, alejando cualquier

<sup>63</sup> Ibid., p. 84.

<sup>64</sup> Ibid., pp. 105 ss.

<sup>65</sup> Ibid., p. 110.

<sup>66</sup> Ibid., p. 123.

<sup>61</sup> Ibid., p. 79 y nota 22 al pie de esta página.

<sup>62</sup> Cfr. COBREROS MENDAZONA, *ibid.*, pp. 82 ss.

sospecha de politización (por el origen de los nombramientos) y esforzándose por que la calidad de sus decisiones se reconozca (sin perjuicio, naturalmente, de las críticas que libremente se formulen a cualquiera de sus actuaciones, que a buen seguro estimularán su dedicación)". Este pensamiento es perfectamente aplicable a la Junta Arbitral o, en general, a cualquier órgano, sea cualquiera su naturaleza, encargado de resolver controversias en Derecho; la diferencia está en que para la Comisión Arbitral actuar con arreglo a estos criterios de buen hacer es una manera de legitimarse, mientras que para la Junta Arbitral es además una condición de eficacia.

La analogía con la Comisión Arbitral induce a pensar que la supresión de la revisión judicial de las resoluciones de la Junta Arbitral no sería necesariamente inconstitucional. Aunque la Junta no tiene un reconocimiento expreso en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, como lo tiene la Comisión, sí conecta con la "foralidad" a través del artículo 41.1 de dicho Estatuto, según el cual "las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema foral tradicional de concierto económico o convenios".

### 2.2.3. La voluntariedad de la actuación de la Junta Arbitral

Nos preguntábamos, sin embargo, más atrás si tal supresión bastaría para convertir al procedimiento ante la Junta Arbitral en un auténtico arbitraje. A este respecto hay que recordar las condiciones que, según exponen MERINO MERCHANTÁN y CHILLÓN MEDINA, exige la doctrina constitucional para que el arbitraje sea un "equivalente jurisdiccional" compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y con la reserva de jurisdicción del artículo 117.3 CE. Además de la sustitución del proceso judicial, tales condiciones son, en resumen, que el arbitraje sea establecido por una ley estatal y que el sometimiento a él de las partes sea absoluta e inequívocamente voluntario. Por consiguiente, la simple eliminación del recurso contra la resolución de la Junta Arbitral no bastaría para

hacer del procedimiento ante este órgano un arbitraje; sería necesario además que el sometimiento de las Administraciones a la decisión de la Junta fuese totalmente voluntario.

¿Es voluntario el sometimiento de los conflictos definidos en el artículo 66.Uno del Concierto Económico? Es posible estimar que sí lo es cuando el conflicto se origina entre la Administración del Estado y la de un Territorio Histórico –que son con mucho los más frecuentes–, en la medida en que, por una parte, el Concierto Económico, aunque aprobado formalmente por una Ley estatal –aprobada con arreglo al procedimiento de lectura única–, materialmente constituye un pacto o convenio entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco<sup>67</sup>. Por otra parte, no parece ser un obstáculo para esta afirmación el hecho de que el Concierto se presente formalmente como celebrado entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco<sup>68</sup>; a nuestro juicio no hay inconveniente en considerar a los Territorios Históricos como partes de ese pacto virtual<sup>69</sup>. En cambio, no

<sup>67</sup> Cfr. por todos PÉREZ ARRAIZ, J., *El Concierto Económico: evolución, caracteres y fundamento de la financiación vasca*, IVAP, [1994], pp. 252 ss.

<sup>68</sup> El título de la Ley 12/2002, dice que ésta "aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco". La Exposición de Motivos utiliza varias veces esta expresión. Sin embargo, invoca la aprobación del Acuerdo por la Comisión Mixta de Cupo de 6 de marzo de 2002. El acta de esta reunión contrapone a la representación de la Administración del Estado la "representación del País Vasco", en la que tenían el mismo número de miembros el Gobierno Vasco y las tres Diputaciones Forales.

<sup>69</sup> DE LA HUCHA, *El régimen jurídico del Concierto Económico*, cit., p. 88 i. f., habla de "la 'esquizofrenia' a que conduce un Concierto formalmente suscrito entre el Estado y la CAPV, pero donde ésta no es la titular de potestades normativas tributarias, puesto que las mismas están atribuidas a los territorios históricos". Y más adelante (p. 110) afirma el citado autor lo siguiente: "Aunque la afirmación parezca paradójica y controvertida, creemos que los Concierdos con los territorios históricos preexisten al EAPV, ya que en ausencia de Estatuto o si los citados territorios no hubieran decidido constituir una Comunidad Autónoma, la Adicional Primera de la CE representa el fundamento constitucional de los Concierdos". Añade que "el Concierto no se formaliza materialmente con la CAPV (aunque sí formalmente) sino con los tres territorios históricos que la integran, siendo ello visible en dos aspectos básicos: el art. 41 ni otorga ninguna competencia tributaria a la Comunidad Autónoma ni determina un cupo de ésta por referencia a

es voluntario el sometimiento a la competencia de la Junta Arbitral de las Comunidades Autónomas distintas del País Vasco. La voluntariedad de la intervención de la Junta Arbitral del Concierto Económico, en los supuestos en que existe, es un rasgo que comparte con la Junta Arbitral del Convenio entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, y que las diferencia, a su vez, de la Junta Arbitral de la LOFCA, de la que tal voluntariedad está ausente por completo.

Recapitulando el análisis precedente se puede decir que la Junta Arbitral no es un órgano arbitral en sentido estricto, sobre todo porque sus resoluciones no tienen un valor equivalente al de una sentencia judicial sino que son impugnables ante la jurisdicción. Presenta, sin embargo, en cierto grado la nota de la voluntariedad de la sujeción a su competencia, que cabe sostener que concurre respecto de la clase más numerosa de los conflictos de los que conoce, que son los que enfrentan a la Administración del Estado con la de un Territorio Histórico, siendo muy escasos los que median entre uno de estos Territorios con una Comunidad Autónoma distinta del País Vasco. Pero tampoco es la Junta Arbitral un órgano administrativo en sentido propio, pues difiere de los de esta clase en que no forma parte de ninguna de las Administraciones públicas a las que afecta su función<sup>70</sup>. Una idea parecida se encuentra en

los tributos concertados que recauda, sino que el cupo global es el sumatorio de los cupos provinciales, lo que es lógico puesto que son las Diputaciones forales las titulares del poder recaudatorio"

<sup>70</sup> Esta posición recuerda una tesis formulada en la doctrina alemana sobre la naturaleza del Tribunal de Cuentas, cuestión objeto de un debate permanente entre las opiniones que lo consideran un órgano jurisdiccional y las que estiman que es un órgano administrativo. La tesis aludida, perteneciente a estas segundas, lo considera un órgano administrativo situado fuera de la organización administrativa (*Verwaltungsbehörde im ministerialfreien Raum*). Vid. PALAO TABOADA, C., *Derecho financiero y tributario*, vol. I, 2ª. ed., Colex, Madrid, 1987, p. 161. SIMÓN ACOSTA, op. cit., p. 1939, rechaza esta afirmación respecto a la Junta Arbitral del territorio común, de la que dice que "podemos entender que se trata de un órgano de la Administración del Estado, dado que el nombramiento del Presidente es una potestad que corresponde al Ministro de Hacienda. El hecho de que el nombramiento se produzca a propuesta del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, no convierte a la Junta Arbitral en un órgano del Consejo".

el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2009<sup>71</sup>, dictado en el recurso número 532/2008, que afirma que la Junta Arbitral "no es Administración Pública sino un órgano que efectúa arbitrajes de Derecho público entre Administraciones públicas. La Junta no se encuadra orgánicamente dentro de ninguna Administración Pública y no dicta actos administrativos en el ejercicio de una potestad administrativa".

### 3. LA COMPOSICIÓN DE LA JUNTA ARBITRAL COMO ELEMENTO DE CARÁCTER ARBITRAL

El hecho de que el procedimiento ante la Junta Arbitral no sea un arbitraje stricto sensu no impide que la composición de este órgano haya tenido como modelo la de los tribunales típicamente arbitrales. Esto es especialmente cierto tras la modificación del Concierto en 2002 y del Convenio en 2003, que implanta en ambos casos una composición por tres miembros de carácter técnico designados todos ellos de común acuerdo por las partes de ambas disposiciones. Los miembros de la Junta Arbitral no representan, por tanto, a ninguna de estas partes y mantienen su independencia frente a ellas, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a dichas modificaciones. En la práctica del arbitraje internacional cuando no se designa a un único árbitro, lo más frecuente es un tribunal de tres miembros dos de ellos designados por cada una de las partes. El tercero, generalmente presidente, se nombra por acuerdo de las partes o incluso por los dos miem-

<sup>71</sup> Citado por MERINO JARA, I., "La Junta Arbitral del Concierto Económico desde la perspectiva procedimental", *Zergak*, núm. 47, 2014, pp. 133 ss. (p. 164). El Auto citado desestima un recurso de súplica contra el rechazo por la Sala de la petición de las entidades demandantes de que se diese traslado a la Junta Arbitral del Convenio de la demanda contra una resolución de ésta, a la que los solicitantes consideraban parte demandada "en cuanto que era la Administración contra cuya actividad se dirigía el recurso", mientras que, a su juicio, el Estado, la Comunidad Foral de Navarra y la Diputación Foral de Guipúzcoa eran demandados en calidad de interesados. El Auto comienza el primero de sus razonamientos jurídicos con la afirmación de que "[l]a capacidad para intervenir en un proceso corresponde a las personas jurídico-públicas y no a los órganos de éstas que carezcan de personalidad jurídica propia", que es contradictoria con las frases recogidas en el texto.

brod previamente designados<sup>72</sup>. La fórmula del Concierto y el Convenio garantiza en mayor medida la imparcialidad de todos los miembros de la Junta Arbitral.

También las cualidades que idealmente deben reunir los miembros de la Junta Arbitral son parecidas a las que se exigen a los árbitros. En efecto, los miembros de la Junta no son jueces (miembros del poder judicial) ni (en cuanto al desempeño de su cargo) funcionarios, sino que, de manera similar a los árbitros, son designados *intuitu personae* para desempeñar esa función. Puede decirse que las cualidades personales de los árbitros se valoran antes de su nombramiento para ver si son idóneos para el desempeño de su función; se trata, por tanto, de un juicio positivo. En cambio, a los candidatos a la carrera judicial se les exige que no incurran en una causa de incapacidad (art. 303 LOPJ), juicio, por tanto, negativo, y, en la vía normal de acceso, que superen las pruebas objetivas que deben demostrar su idoneidad y suficiencia profesional (art. 301.2 LOPJ).

Las cualidades exigibles a los árbitros son de dos clases: las relativas al conocimiento de la materia sobre la que tienen que resolver y las que se refieren a su independencia e imparcialidad<sup>73</sup>. La Ley 60/2003, de Arbitraje, se refiere a estas dos últimas<sup>74</sup>. La distinción entre ellas consiste, según la doctrina, en que la primera es de carácter obje-

tivo y consiste en la falta de vinculación del árbitro con una de las partes; la segunda, en cambio, es de carácter subjetivo y se refiere a la no inclinación preconcebida del árbitro en favor de una de las partes. Por tanto, la independencia afecta a las relaciones entre el árbitro y las partes, mientras que la imparcialidad atañe a las relaciones entre el árbitro y el objeto de la controversia<sup>75</sup>. En la doctrina se ha sostenido que estas cualidades no tienen la misma naturaleza cuando se refieren a un árbitro que cuando se predicen de un juez<sup>76</sup>. En cualquier caso, como antes hemos señalado, en el caso de los árbitros su concurrencia debe apreciarse y valorarse con anterioridad a su designación, mientras que en el caso de los jueces las referidas cualidades se presumen y sólo cuando faltan en un supuesto concreto esta carencia se hace valer por medio de la recusación, si el juez afectado no se ha abstenido previamente<sup>77</sup>. En cambio, la recusación del árbitro no

<sup>74</sup> Su artículo 17.1 dispone que "[t]odo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial".

<sup>75</sup> Cfr. MATHEUS LÓPEZ, C. A., *La independencia e imparcialidad del árbitro*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009, pp. 175 s. No obstante, el citado autor observa (pp. 177 s.) que "los términos *independencia* e *imparcialidad* describen dos facetas de un mismo elemento". Añade que "estos términos poseen un ámbito común que hace difícil una distinción clara y definitiva. Lo que ha llevado a que, algunos derechos nacionales, consideren la independencia caso como sinónimo de la imparcialidad, empleando ambos términos de forma intercambiable, pues es probable que estas palabras mágicas se hayan convertido en un pleonasma o, lo que es lo mismo, expresan un concepto híbrido y no dos exigencias distintas y disociables". Vid. t. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, op. cit., pp. 541 ss.

<sup>76</sup> MATHEUS LÓPEZ, op. cit., p. 188, afirma que "[e]s hoy una opinión mayoritaria que la independencia e imparcialidad del árbitro no poseen la misma naturaleza que la que se pueda atribuir a un juez estatal, ostentándose diferencias que ... se observan tanto en el origen como en la aplicación práctica de ambos términos". Añade que "la mayoría de las legislaciones que siguen la Ley Modelo de la CNUDMI [Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional], optan por asumir un criterio legal autónomo –y *sin reenvío* al orden jurisdiccional de jueces y tribunales estatales– sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, *distinto* a las reglas legales empleadas para el juez estatal".

<sup>77</sup> Por otra parte, señalan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, op. cit., pp. 558 s., que "[e]s evidente que, al

<sup>72</sup> Cfr. Naciones Unidas, *Hanbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, cit., pp. 59 s. El nombramiento del tercer árbitro, que actuará como presidente, por los dos designados por las partes es el sistema que establece a falta de acuerdo el artículo 15.2 de la Ley de Arbitraje, 60/2003. Por su parte, PARK y TILLINGHAST, *Income Tax Treaty Arbitration*, cit., pp. 30 s., indican también que en el arbitraje mercantil internacional las reglas establecen normalmente un árbitro individual o un tribunal de tres miembros. Sin embargo, ponen de relieve las dificultades que puede plantear la designación de éstos en los conflictos tributarios comunes, en los que hay tres partes interesadas: los dos Estados y uno o más particulares. Como solución proponen que se atribuya a una autoridad –como el Tribunal Internacional de Justicia o la Cámara de Comercio Internacional, entre otros– la designación de los tres miembros, lo cual, a juicio de los autores, promovería la máxima independencia y neutralidad.

<sup>73</sup> PARK y TILLINGHAST, op. cit., pp. 33 ss., clasifican las cualidades de los árbitros en dos grupos, independencia (*independence*) y competencia o pericia (*expertise*).

es el instrumento normal para garantizar su independencia e imparcialidad, sino que viene a remediar el supuesto de que al ser propuesto no hubiese cumplido con su deber de revelar "todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia" o que dichas circunstancias hayan sobrevenido a su nombramiento (art. 17.2 de la Ley de Arbitraje)<sup>78</sup>.

Hay que reconocer que las diferencias con la judicatura, que son muy marcadas respecto al arbitraje privado en sentido estricto, en el que el árbitro o árbitros son designados para cada litigio singular, se desdibujan considerablemente en el caso de la Junta Arbitral, cuya composición es invariable para todos los conflictos de su competencia, quedando sólo algún residuo de semejanza con el arbitraje en el proceso de designación de sus miembros. Por cierto, el Concierto Económico no se preocupa de la independencia e imparcialidad de los árbitros, sino solamente de su competencia, con la fórmula convencional de que sean "designados entre expertos de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio profesional en materia tributaria o hacendística". Ni el Concierto ni el Reglamento de la Junta Arbitral aluden a la abstención y recusación de sus miembros, la cual se regirá por los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, supletoria por mandato del artículo 8 del Reglamento.

igual que el juez del Estado, el árbitro debe ser independiente e imparcial, pero mientras que estos presupuestos son indeclinables en el proceso estatal, hasta hacerlos indisponibles por las partes, no ocurre así en el arbitraje. En éste, las partes nombran o proponen a su árbitro y pueden también dispensarlo de las presuntas o conocidas relaciones personales, profesionales o comerciales que guarden con alguna de ellas o con ambas". Esta disponibilidad, añadimos nosotros, es la que explica la norma del artículo 17.3, inciso segundo, de la Ley de Arbitraje: "Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación".

<sup>78</sup> MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, op. cit., pp. 560 ss., sostienen que a pesar de que la Ley de Arbitraje elude remitirse a las normas sobre los motivos de abstención y recusación en el ámbito judicial (arts. 219 y 220 LOPJ), estas normas son aplicables al arbitraje.

Con la competencia profesional está relacionada la *auctoritas*, aunque no se identifica con ella. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA<sup>79</sup> señalan que la legitimación del árbitro es subjetiva y singular, frente a la del juez del Estado predeterminedo por la Ley, que es objetiva y general; es decir, la posición del árbitro se funda en la voluntad de las partes y se limita al concreto litigio. Se preguntan luego los citados autores "cuáles son los presupuestos habilitantes en los que se sustenta la legitimación subjetiva del árbitro", a lo que responden que esos presupuestos son la *auctoritas* "como legitimación teleológica del árbitro", que mencionan en primer lugar, a la que agregan la independencia e imparcialidad, la exclusividad competencial y la improrrogabilidad. Afirman MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA que el árbitro carece de la potestad del juez público, pero esta ausencia se ve compensada con la *auctoritas*; "si los particulares evitan, en las cuestiones en que ello sea posible, el aparato del Estado que tiende a satisfacer pretensiones, lo hacen pensando en la *auctoritas* moral o científica del árbitro como una mejor y más segura garantía para resolver sus conflictos pendientes". La *auctoritas* a la que se refieren estos autores está ligada al prestigio personal, sobre todo profesional, y es a la que se apela cuando en el razonamiento jurídico se utilizan "argumentos de autoridad".

Aunque, como hemos dicho, la posición de los miembros de la Junta Arbitral no es exactamente la misma que la de un árbitro en sentido estricto y, por tanto, la opinión de los citados autores hay que tomarla *cum grano salis*, no cabe duda de que es deseable que las personas designadas para desempeñar ese cargo posean en algún grado esa *auctoritas*. Ahora bien, más importante que la posesión previa de esta cualidad es que la adquieran colectivamente en el desempeño de su función en la Junta Arbitral a través del reconocimiento y la aceptación de sus resoluciones, en primer lugar por las Administraciones que son parte en los conflictos sometidos a su conocimiento y por los contribuyentes interesados en ellos, pero también por la comunidad jurídica

<sup>79</sup> Op. cit., pp. 538 ss.

afectada por la actividad de la Junta y por la sociedad en general. La autoridad que la Junta Arbitral logre concitar no sólo es una forma de legitimación por el ejercicio sino que contribuirá de manera importante a la eficacia de su función, en la medida en que, como ya hemos observado, reducirá los recursos contra sus resoluciones.

#### 4. EL PUNTO DE VISTA ARBITRAL COMO CRITERIO ORIENTADOR DE LAS RESOLUCIONES DE LA JUNTA ARBITRAL

Más atrás hemos puesto de relieve que el hecho de que los miembros de la Junta Arbitral hayan sido designados de común acuerdo por las partes del Concierto Económico para decidir sus controversias —aunque la competencia de la Junta abarque conflictos con Administraciones ajenas a esta norma— es una característica de la Junta Arbitral que la acerca al arbitraje en sentido estricto. De ella se deduce que la posición de quienes la forman no es exactamente la misma que la de los jueces que componen un tribunal colegiado sino que difiere sutilmente de esta en cuanto aquéllos tienen un deber no sólo jurídico sino también ético, de resolver los conflictos que se le sometan esforzándose por armonizar los intereses de las partes enfrentadas de acuerdo con el espíritu del Concierto Económico; deber que en cierto modo va más allá de los límites estrictos de la obligación, que se da por supuesta, de dictar una resolución técnicamente correcta. Podemos expresar este deber diciendo que la Junta Arbitral debe adoptar un "punto de vista arbitral" al dictar una resolución cuando el asunto lo requiera, cosa que no sucederá en todos, ni siquiera en la mayoría, de los casos.

Lo que quiero decir se verá más claramente con el ejemplo de la resolución R8/2012, de 2 de julio de 2012, de la Junta Arbitral, que fue aceptada por las Administraciones afectadas. El conflicto resuelto por esta resolución se originó como consecuencia de unas actuaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) a cerca de una entidad domiciliada en territorio común para practicar valoraciones por el valor normal de mercado que podían tener repercu-

siones tributarias respecto de otras entidades respecto a las cuales las competencias inspectoras correspondían a la Hacienda Foral de Guipúzcoa. Esta solicitó de la AEAT participar en dichas actuaciones, petición que rechazó la Administración estatal, lo que motivó el planteamiento del conflicto ante la Junta Arbitral por la Diputación Foral de Gipuzkoa. Tras declararse competente para conocer del conflicto, en contra de lo aducido por la AEAT, la Junta Arbitral entró en el fondo del asunto, acerca del cual la Agencia Tributaria alegó que la participación pretendida por la Hacienda Foral no estaba prevista en las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades. La Junta Arbitral recordó, en primer lugar, el principio de bilateralidad de los ajustes de operaciones vinculadas, vigente tanto en el Derecho interno como en el internacional, y cómo en éste se prevé que las discrepancias entre los Estados acerca del ajuste de precios de transferencia se traten de resolver por medio del procedimiento amistoso. La resolución señala la vigencia en el ámbito de la Unión Europea del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (90/436/CEE), de 23 de julio de 1990, al que más atrás hemos hecho referencia, y menciona la modificación del artículo 25 del Modelo de la OCDE llevada a cabo en la versión de éste de 2008 introdujo también una fase arbitral en el procedimiento amistoso regulado en dicho artículo, a la que también nos hemos referido anteriormente.

Por otra parte, la resolución precisa el sentido que cabe dar a la petición de la Diputación Foral de Gipuzkoa de "participar" en el procedimiento de comprobación del valor de mercado de operaciones vinculadas llevado a cabo por la AEAT, en el que, dice, "cabén distintos tipos de actuaciones, como compartir el ejercicio de las funciones administrativas que se actúan en el procedimiento, ser parte interesada en él o simplemente intercambiar información y ser consultado u oído". La Junta Arbitral se inclina por la última modalidad de participación por ser "la que mejor se adecua a las características de los ajustes de precios de transferencia por Administraciones distintas y la que se contempla en los procedimientos

amistosos cuya aplicación a esta materia está prevista en el ámbito internacional. Lo que se persigue mediante esta clase de procedimientos es que las discrepancias sobre los ajustes derivados de la determinación de esos precios por aplicación del principio de plena competencia se intenten al menos resolver mediante el diálogo y el intercambio de información entre los Estados interesados".

La conclusión a la que llega la Junta Arbitral es la siguiente:

"Pues bien, consideramos que existen razones suficientes para estimar que debe reconocerse a la Diputación Foral de Gipuzkoa una participación del tipo de la que acabamos de describir como característica de los procedimientos amistosos en la esfera internacional; es decir, que debe llevarse a cabo un intercambio de información entre las Administraciones interesadas con el fin de intentar de buena fe resolver las discrepancias que puedan surgir acerca de la práctica de los ajustes derivados de la valoración de las operaciones vinculadas.

La primera y fundamental de dichas razones es que si en la esfera internacional se establece el deber de los Estados de consultarse y tratar de resolver de común acuerdo las discrepancias surgidas acerca de los ajustes de operaciones vinculadas, tal deber debe existir con mucha mayor razón en el seno de un Estado, y por tanto de un mismo ordenamiento jurídico. En efecto, no sería aceptable en el ámbito de este ordenamiento que las decisiones que en esta materia adopte una Administración se impusieran terminantemente a la otra Administración interesada, la cual se vería ante la alternativa de o bien aceptar la corrección valorativa llevada a cabo por la primera Administración y realizar en igual importe el ajuste correspondiente, evitando así una doble imposición, o bien llevar a cabo la valoración de las operaciones vinculadas de manera independiente, con el consiguiente riesgo de que se produzca una doble imposición".

A continuación afirma la Junta Arbitral lo siguiente:

"La necesidad de que las Administraciones interesadas en la valoración de operaciones vinculadas traten de aproximar sus posiciones por medio del intercambio de información y el diálogo, a fin de evitar una doble imposición, deriva, sin duda, de los principios generales del Concierto Económico, cuya finalidad esencial es armonizar el ejercicio de las competencias financieras y tributarias del Estado y de los Territorios Históricos del País Vasco, evitando que del ejercicio de competencias concurrentes se deriven perjuicios para los ciudadanos. Estos principios generales están plasmados ante todo en el artículo 2 del Concierto Económico, que enumera como principio tercero el de 'coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado, de acuerdo con las normas del presente Concierto Económico'. La coordinación y colaboración deben tener lugar, como es lógico, en ambos sentidos".

Más adelante la resolución citada afirma que la cooperación exigida por los principios generales del Concierto Económico para evitar que las correcciones valorativas ocasionen doble imposición

"debe traducirse en un diálogo e intercambio de información con el fin de intentar de buena fe resolver las discrepancias que puedan surgir. Este es el alcance que atribuimos a la pretensión de participación de la Diputación Foral de Gipuzkoa, que entendida en estos términos no podemos sino estimar. La realización de esta cooperación no requiere, en realidad, de un procedimiento detallado, que, como hemos indicado, tampoco existe en el ámbito internacional, sin perjuicio de las normas internas que los Estados quieran adoptar, como, en el caso español, el citado Reglamento de procedimientos amistosos".

En la parte dispositiva de la resolución la Junta Arbitral declara "que la AEAT y la Diputación Foral de Gipuzkoa están obligadas a intercambiarse la

información relativa a la valoración de las operaciones realizadas entre [las entidades a las que afecta el conflicto] y esforzarse, de buena fe y en un espíritu de colaboración, en resolver sus eventuales discrepancias, a fin de evitar un exceso de imposición en el conjunto de dichas entidades".

#### BIBLIOGRAFIA:

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "Proceso, auto-composición y autodefensa", Universidad Nacional Autónoma de México, 1991

ALONSO ARCE.-I., "El Concierto Económico vasco. La renovación de 2002. Fuentes documentales", Ad Concordiam, Bilbao, 2003

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Derecho tributario y medios alternativos de solución de controversias", en Medios alternativos de solución de controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, núm. 11, 2007

BURLADA ECHEVESTE, J.L., "Génesis de la Junta Arbitral del Concierto Económico y del Convenio Económico", Nueva Fiscalidad, 2/2007

CHILLÓN MEDINA, José M<sup>o</sup>, "Tratado de Derecho arbitral", 4<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2014

COBREROS MENDAZONA, E., "Un asunto sin resolver: la cuestionada constitucionalidad de la irrecurrencia ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de las resoluciones de la Comisión Arbitral", en Escritos sobre la Comisión Arbitral, IVAP, Oñati, 2009

- "La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión Arbitral", en Escritos sobre la Comisión Arbitral, IVAP, Oñati, 2009

DE LA HUCHA CELADOR, F., "El régimen jurídico del Concierto Económico", Ad Concordiam, Bilbao, 2005

DE LA HUCHA CELADOR, F., *El régimen jurídico del Convenio Económico de la Comunidad Foral de Navarra*, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, San Sebastián, 2006

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P. y AROZAMENA LASO, A., "El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo", vol. II, Consejo General del Poder Judicial/Fundación Wellington, Madrid, 2004

GARCÍA PÉREZ, - M., "Arbitraje y Derecho Administrativo", Observatorio del Litoral/Aranzadi, 2011

HUERGO LORA, A., "La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000

MATHEUS LÓPEZ, C. A., "La independencia e imparcialidad del árbitro", Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009

MERINO JARA, I., "La Junta Arbitral del Concierto Económico", RVAP, núm. 75, 2006

- "Acerca de la 'inexistente' Junta Arbitral del Concierto Económico", Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, núm. 6/2006

- "La Junta Arbitral del Concierto Económico desde la perspectiva procedimental", Zergak, núm. 47, 2014

MERINO MERCHÁN, J. F., "El equivalente jurisdiccional" en el Derecho público español, CEPC, Madrid, 2002.

NACIONES UNIDAS, "Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States", United Nations, New York, 1992

PALAO TABOADA, C., "Derecho financiero y tributario", vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 1987

- "El Reglamento de procedimientos amistosos", Tribuna Fiscal, núm. 300, 2010

PARK, William W. y TILLINGHAST, David R., "Income Tax Treaty Arbitration", edición patrocinada por la IFA, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2004

PASTOR RIDRUEJO, J. A., "Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales", 6<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1996

PÉREZ ARRAIZ, J., *"El Concierto Económico: evolución, caracteres y fundamento de la financiación vasca"*, IVAP, Oñati, 1994

PÉREZ DEL BLANCO, G., *"El 'arbitraje institucional' o procedimiento administrativo para la resolución de los conflictos interadministrativos en la Administración General del Estado"*, La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011, DAMIÁN MORENO, J. (dir.), La Ley, 2011

RAMOS PRIETO, J., *"La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas"*, Comares, Granada, 2001

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *"Los convenios entre Administraciones Públicas"*, Marcial Pons, Madrid, 1997

ROSA MORENO.-J., *"El arbitraje administrativo"*, Universidad de Alicante/MacGraw-Hill, Madrid, 1998

SIMÓN ACOSTA, E., *"La Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas: su naturaleza"*, en Estudios de Derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega, t. II, Lex Nova, Valladolid, 2005

UTANDE SAN JUAN, J. M., *"Las Juntas Arbitrales del Concierto y el Convenio como vía para la resolución de conflictos tributarios forales"*, Impuestos, 2010

VICENTE-ARCHE COLOMA, P., *"El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta"*, Marcial Pons, 2005

VVAA, *"Convención y arbitraje en el Derecho tributario"*; (ELORRIAGA PISARIK, G. (coord.), Instituto de Estudios Fiscales/Marcial Pons, 1996.

ZURITA SÁENZ DE NAVARRETE, M., *"100 años de Concierto Económico"*, Diputación Foral de Álava, Vitoria, 1977