

Artículos

*El Arbitraje de Derecho Administrativo. Reflexiones y propuestas en tiempos de crisis**

Marta García Pérez

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de A Coruña*

Resumen: *En el presente trabajo se analiza la situación de la justicia contencioso-administrativa en España, a partir de los datos que ha publicado el Consejo General del Poder Judicial. Se propone la búsqueda de fórmulas que permitan reducir la litigiosidad o, cuando este objetivo no se alcance, la regulación de remedios extrajudiciales, como el arbitraje. Algunas cuestiones claves sobre su régimen jurídico son analizadas con el ánimo de favorecer su implantación en un ordenamiento jurídico, el español, con escasa cultura arbitral.*

Palabras Clave: *Justicia. Tutela judicial efectiva. Arbitraje.*

Abstract: *This paper analyzes the situation of administrative justice in Spain, from the information published by Consejo General del Poder Judicial. We try to search for ways that will reduce litigiousness or, when this goal is not achieved, the regulation of extrajudicial remedies, such as arbitration. Some key questions about the legal regime of arbitration are analyzed with the aim to encourage its implementation in Spain, where there is few arbitration culture.*

Key words: *Justice. Effective judicial protection. Arbitration.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ¿“MUERTE POR ÉXITO” DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO?
- III. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE
- IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO
 1. Arbitraje cuasi-jurisdiccional y voluntario.
 2. Ámbito de aplicación del arbitraje.
 3. ¿Arbitraje de Derecho?
 4. Los árbitros.
 5. Procedimiento arbitral.
 6. El laudo.
- V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: MITOS Y REALIDAD SOBRE EL ARBITRAJE

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada “El Derecho Administrativo bajo el prisma del principio de buena Administración”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i 2008-2011 (ref.: DER2010-18993).

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, me inquieta la situación de la Justicia en España. Si en 1999 escribía una monografía sobre el objeto del contencioso-administrativo, impulsada por una reforma legal que parecía abrir nuevos horizontes al proceso contencioso-administrativo, en

el año 2011 publiqué un estudio sobre el arbitraje administrativo, con la convicción de que la experiencia y, en definitiva, la edad, me habían obligado a poner los pies en la tierra y a aceptar que ninguno de aquellos horizontes eran si no un espejismo de juventud.

El estudio del arbitraje no ha sido, obviamente, una ocurrencia personal. Del último tercio del siglo XX a esta parte, el fenómeno del arbitraje ha adquirido la “popularidad” propia de un producto de moda. Arropado por el éxito de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en Estados Unidos¹, el arbitraje, junto con la mediación, se ha presentado como, si no la única, sí la mejor de las alternativas ante la ineficiente justicia ordinaria.

Entre las principales causas de la atracción de las ADR, la inconfesable, pero tristemente constatable, la ha puesto de manifiesto MICHELE TARUFFO: el éxito de las ADR es directamente proporcional –es más, es su consecuencia inmediata- a la ineficiencia de la justicia del Estado. Bajo esta perspectiva, que evidentemente no es la única, la utilización de las ADR no parece de por sí un fenómeno positivo, sino, más bien, el reflejo de un fenómeno “dramáticamente negativo” representado por el mal funcionamiento de la Justicia del Estado². No le falta razón. Sin distinguir órdenes jurisdiccionales ni instancias judiciales, los números revelan de modo implacable el agotamiento del sistema judicial español para hacer frente a la tarea que le ha encomendado la Constitución de 1978.

Sería un atajo innecesario y poco realista afirmar que la crisis de la justicia tiene sus raíces en la crisis económica global por la que atravesamos. Sin duda habrá sido un factor detonante o multiplicador, pero ha trabajado o ha incidido sobre una realidad preexistente, que trae causa de mucho tiempo atrás. Son significativas las palabras pronunciadas por prestigiosos administrativistas en tiempos diferentes: “... la justicia no funciona bien en nuestro país y la contencioso-administrativa sería mejor, o al menos más barato, suprimirla, y eso que sus protagonistas son por lo general gente preparada, honesta y trabajadora” (MARTIN MATEO, 1989)³; “La Administración de Justicia ... se ha hundido en un estado comatoso en el que ya no reacciona ante nada, nadie se siente culpable y todo resbala sobre la resignación y la indiferencia” (A. NIETO, 2008)⁴. El propio órgano de gobierno de los Jueces en España, el Consejo General del Poder Judicial, editaba en el año 1997 el *Libro Blanco de la Justicia*, en el

¹ Vid. en general, sobre las ADRs, S. Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

² Vid. la ponencia “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, presentada por Michele Taruffo en el 9º Seminario sobre Derecho y Jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España (21 y 22 de julio de 2007), disponible en www.fcje.org.es, en la que el autor propone una “alternativa a las alternativas”, que consiste, en puridad, en una vuelta al proceso judicial.

³ Cfr. R. Martín Mateo, *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, INAP, Madrid, 1989, en el que se ofrecía una amplia información estadística con la que se reforzaba una idea arraigada que años después trasladó al Prólogo de la monografía de J. Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. XVII.

⁴ Con estas palabras hace referencia A. Nieto a la actual crisis de la Justicia en su ensayo *El desgobierno de lo público*, Ariel, 2008, p. 309.

que podía leerse meses antes de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional de 1998 que “existe en la sociedad un extendido estado de opinión que refleja una profunda insatisfacción con el funcionamiento de la Administración de Justicia y que afecta, o puede afectar muy negativamente a la confianza del pueblo español en ella”.

Desde hace décadas, la doctrina española viene reclamando una revisión profunda del sistema contencioso que, más allá de mejoras procedimentales sin duda alcanzadas por la vigente Ley Jurisdiccional, ponga freno a la “crisis de la eficacia social de la justicia administrativa”⁵. Con esta expresión, ROSA MORENO iniciaba en 1998 un ensayo monográfico sobre el arbitraje administrativo al que le han precedido y seguido otras notables contribuciones pero escasos si no nulos instrumentos de derecho positivo. Común a todas aquellas contribuciones es la idea central de que la justicia administrativa se encuentra en crisis, y que tras ella aflora una crisis mucho más profunda que afecta al propio Estado de Derecho y social⁶.

Los esfuerzos llevados a cabo por el legislador con la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, resultaron infructuosos e insuficientes para solventar una situación difícilmente reversible⁷. El procedimiento abreviado, el proceso-testigo, la extensión de los efectos de las sentencias o la terminación pactada del proceso no han logrado invertir las inercias creadas. Incluso el producto estrella, la creación de los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo⁸, se saldó con una decepcionante constatación: la saturación de asuntos contenciosos pendientes de resolución en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no ha mejorado.

Se han conseguido objetivos en la rapidez con que los asuntos están siendo resueltos en la primera instancia cuando se produce ante los juzgados, pero la rapidez en resolver se convierte en nueva paralización en la apelación. La reforma tampoco ha aliviado sustancialmente el funcionamiento de los demás órganos colegiados ni del Tribunal Supremo cuando actúa en

⁵ La expresión dio título al citado estudio llevado a cabo por R. Martín Mateo, *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*.

⁶ Rosa Moreno hace referencia a la situación de 1998, que lejos de haberse superado se ha agravado. Afirma el autor siguiendo a L. Parejo Alfonso (*Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991) y a Tornos Mas (“La situación actual del proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, número 122, 1990), que a la crisis de la justicia le acompaña la crisis de la Administración Pública, crisis también de eficacia. “Sin duda, todo ello se inscribe en la actual crisis del Estado social, con la generalización en la ciudadanía de sentimientos de insatisfacción e inseguridad sobre el actual modelo de desarrollo socioeconómico y, por ende, en las instituciones que lo dirigen, nos hallamos, como apunta Parejo Alfonso, ante una auténtica crisis de confianza del Estado”. *Cfr., op. cit.*, p. 2 y 3.

⁷ *Vid.* una reflexión reciente sobre los logros conseguidos por la Ley Jurisdiccional de 1998 en su lucha contra la litigiosidad en el estudio de L.M. Arroyo Yanes, “La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, en la obra colectiva *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, dirigida por M. Zambonino Pulito y coordinada por M.A. Restrepo Medina, Iustel, 2010, p. 155 y ss. Delgado Barrio, Magistrado del Tribunal Supremo y después su Presidente, escribía en el año 1988 un artículo en *Actualidad administrativa* con un título muy expresivo: “En torno al recurso contencioso-administrativo: una regulación excelente y un resultado decepcionante”.

⁸ La medida fue duramente criticada y cuestionada por un amplio sector doctrinal, principalmente por la pérdida de independencia en la función de juzgar a la Administración que supondría la actuación unipersonal y por la falta de especialización de los jueces llamados a cumplir tal misión. *Vid.* algunos comentarios críticos en los estudios de P. Sala Sánchez, J.A. Xiol Rius y R. Fernández Montalvo, *Jurisdicción y competencia en la nueva LJCA*, Bosch, Barcelona, 2001.

casación⁹. La situación descrita se aviene mal con dos preceptos de gran impacto en el ordenamiento jurídico español. Me refiero al artículo 24 de la Constitución española de 1978 y al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En virtud del primero, todos tienen derecho a la tutela judicial efectiva (apartado 1) y a un proceso sin dilaciones indebidas (apartado 2). El no menos expresivo artículo 47 de la Carta dispone que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. ¿Qué puede decirse de la virtualidad de estos derechos si los contemplamos bajo el rasero de las estadísticas que maneja el Consejo General del Poder Judicial?¹⁰

II. ¿“MUERTE POR ÉXITO” DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO?

Los datos nos ponen sobre la pista de un típico caso de “muerte por éxito”¹¹. Cualquiera que sea la lectura que quiera darse a la estadística, los números ponen en entredicho la funcionalidad de la Justicia y convierten en papel mojado la declaración constitucional que se recoge en el artículo 24 de la Constitución, no sólo en su apartado 2, que reconoce el derecho “a un proceso sin dilaciones indebidas”, sino también en el apartado 1, “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales”, intrínsecamente relacionado con el anterior.

El Tribunal Constitucional ha reconocido esta íntima conexión y, sobre todo, la posibilidad de lesión simultánea de ambos derechos. “Desde el punto de vista sociológico y práctico –dice el TC– puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equiva-

⁹ “Esfuerzos no han faltado, como se ve, pero el balance final no puede ser más desolador: al cabo de treinta años de promesas democráticas, el servicio público de la Administración de Justicia no sólo no ha mejorado, sino que ha empeorado sensiblemente, sin que haya logrado adaptarse a las demandas sociales, que aumentan cada día. Las buenas intenciones se van frustrando inexorablemente y la apuesta por la complejidad organizativa y por la cantidad de las sentencias ha culminado en un proceso, quizás irreversible, de deterioro, ya que con el forzado apresuramiento de los jueces se ha dañado la calidad de sus resoluciones y las demoras siguen existiendo...”. Son palabras de A. Nieto, en el número 174 de la *Revista de Administración Pública*, en homenaje al Profesor Ramón Parada Vázquez, que forman parte de un artículo titulado “La Administración de Justicia y el Poder Judicial”, p. 31 y ss.

¹⁰ En el documento de La Justicia dato a dato, 2010 se señala que “el tiempo que los asuntos están en los órganos judiciales es otro indicador de la calidad de la Justicia”. Se ofrecen estimaciones de las duraciones medias (expresadas en meses) de los asuntos terminados en cada periodo respecto a cada una de las jurisdicciones. Por lo que se refiere a la Jurisdicción contencioso-administrativa, los datos revelan, en general, una excesiva duración de los procedimientos. Pero, sobre todo, destacan los 25,7 meses de media (aun con su tendencia al descenso desde 2006, con 32,3) asignados a los asuntos que conocen en única instancia los Tribunales Superiores de Justicia.

¹¹ Tornos Mas se ha referido expresivamente a esta situación como “crisis de crecimiento” de la justicia contencioso-administrativa. *Cfr.* “El arbitraje en el Derecho administrativo: posibilidad de esta figura”, *Bulletín 6 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1995, p. 13. Recientemente se ha aprobado una ley de medidas de agilización procesal. En la exposición de motivos de su Proyecto se ofrecía el dato del crecimiento de la litigiosidad referido al año 2009 y se achacaba a la confianza cada vez mayor de los ciudadanos en la Justicia: “Los datos estadísticos más recientes sobre entrada de asuntos en nuestros tribunales acreditan que en los últimos tiempos se ha producido una subida exponencial de la litigiosidad. Así, el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones durante el año 2009 ha tenido un crecimiento cercano al 33% con relación al número de asuntos ingresados 10 años antes. El sobrevenido aumento de la litigiosidad es indicativo de la confianza cada vez mayor que los ciudadanos depositan en nuestra Administración de Justicia como medio para resolver sus conflictos y peticiones, pero al propio tiempo ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad”.

le a una falta de tutela judicial efectiva” (STC 26/1983, de 13 de abril)¹² y, a la inversa, una denegación de tutela no es sino un presupuesto extremo de dilación.

Seguramente un sistema estrictamente judicialista es la panacea del Estado de Derecho, y la justicia dispensada por Jueces y Magistrados especializados, bien formados y asistidos debidamente, no tenga parangón con ninguna otra técnica de resolución de controversias. La misma saturación que nos preocupa es la señal irrefutable de que la sociedad confía en el sistema judicial y que es éste el mecanismo por excelencia para resolver los conflictos. Pero el salto cuantitativo que ha experimentado la Justicia en cuanto al número de asuntos recibidos no ha sido en este caso acompañado de su vertiente cualitativa¹³.

No es, por razones obvias, tiempo propicio para repensar la planta judicial y dotar de medios extraordinarios humanos y materiales a la Judicatura. Sí puede serlo para abrir nuevos horizontes y buscar fórmulas distintas a las que ofrece el proceso judicial.

De entre las propuestas planteadas para hacer frente al colapso de la Justicia, una es común a todo foro de reflexión sobre el contencioso-administrativo: es preciso reducir el flujo de asuntos contenciosos y hacer que lleguen a la sede judicial los que indeclinablemente deben ser resueltos por los jueces. La medida debería pasar por un descenso de la litigiosidad. Pero este empeño puede resultar inalcanzable si se atiende a la complejidad exponencial de los asuntos jurídico-públicos y a la democratización de la justicia, en el sentido de un mayor y más fácil acceso de la ciudadanía al justiciable¹⁴.

¹² ¿Qué otra cosa se puede decir de la situación del ciudadano que tarda diez años en obtener una sentencia que decida su pretensión para empezar el calvario de intentar que se lleven a efecto sus mandatos si tiene la suerte de que la resolución le sea favorable? El dato de los diez años es sugerido junto con otras interesantes reflexiones por J. González Pérez en sus clásicos *Comentarios a la LJCA*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1999, p. 45. “La cifra no es exagerada ni excepcional”, aclara el autor, para quien “si la lentitud ha sido uno de los males endémicos del proceso, de todo proceso, hoy ha adquirido niveles inadmisibles en el ámbito de la Justicia administrativa”.

¹³ Vid. las reflexiones de L. Martín-Retortillo Baquer en la “Presentación” del número 220 de *Documentación Administrativa*, recogidas en la obra *Derecho administrativo de nuestro tiempo*, p. 169: “... los incrementos de cantidad, en cuanto se superan determinados umbrales, inciden con vigor en la calidad (...) Imagínese lo que podría representar el que al multiplicarse las actuaciones en aras de lograr una “tutela efectiva”, por el mero hecho desbordado y de la consiguiente falta de adecuación del sistema, se aboque, en cambio, a una tutela menos efectiva o a menos tutela, a un más débil e ineficaz control”. Huergo Lora, en las páginas introductorias de su trabajo *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 21, señalaba: “El aumento de la litigiosidad administrativa, que ha contribuido en gran medida a la actual duración de los procesos, es un hecho que hay que asumir como consecuencia inevitable de la vivencia efectiva del Estado de Derecho, ante el cual es necesario reaccionar también incrementando, en calidad y cantidad, los medios de que dispone la jurisdicción contencioso-administrativa y dotándola de una planta adecuada a sus necesidades”.

¹⁴ Ciertamente, en los últimos tiempos la crisis económica parece haber producido este efecto colateral descongestionante de la justicia que en el texto se declara irrealizable. Los asuntos contenciosos han disminuido por un doble efecto. En primer lugar, porque ha disminuido la obra civil y la obra pública, y con ello las licencias, las expropiaciones, las contrataciones, etc. Obviamente a menos actividad, menos conflictividad, ergo menos contenciosos. No es una impresión, sino una constatación de la que me daba cuenta un magnífico magistrado del Tribunal Superior de Justicia, actualmente Presidente de la Sección 2ª, encargada, entre otras cuestiones, del urbanismo. En segundo lugar, las dificultades económicas y la ausencia de crédito son efectos desanimantes, sobre todo tras el incremento de los

De renunciar a dicho propósito, no cabe otra alternativa realista que la de crear cauces de solución de conflictos ajenos al sistema judicial. La propia Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se manifiesta en términos parecidos: "...es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas *puede y debe ejercerse* asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos".

Las páginas que siguen pretenden abordar el estudio de una fórmula diferente de resolución de conflictos. Una idea planeará sobre todas las reflexiones y que anticipo: el arbitraje no debe entenderse como la "alternativa" a la jurisdicción, porque será ésta, la contencioso-administrativa, la que seguirá sobrellevando el peso del control de la legalidad administrativa. Pero existe un espacio en el que la técnica arbitral puede representar un interesante papel, porque no sólo aligerará –este es un efecto colateral que no puede convertirse en objetivo– la sobrecargada justicia administrativa, sino que permitirá –he aquí la razón de ser de la técnica– proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente.

III. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE

Desde hace más de dos décadas viene debatiéndose, primero respecto al arbitraje privado y después en relación con el arbitraje en las relaciones jurídico-públicas, la admisión del arbitraje a la luz de la Constitución española de 1978. El punto en que se encuentra en estos momentos el debate científico nos muestra que son dos los principales escollos que la técnica arbitral debe superar: en primer lugar, pesa sobre el arbitraje la sospecha de vulnerar dos preceptos de la Constitución singularmente sensibles o que despiertan un afán de sobreprotección; en segundo lugar, es el del arbitraje un debate inacabado, porque no ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente el Tribunal Constitucional sobre una de sus facetas, la que se proyecta sobre las relaciones jurídico-públicas.

Comenzando por esta última afirmación, es necesario ser cauteloso con las valoraciones que se hagan, que serán, en cualquier caso, provisionales. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se han producido a propósito del llamado "arbitraje privado" porque es éste, y no el de Derecho público, el que ha sido regulado y ha provocado la intervención del Alto Tribunal, unas veces en amparo de derechos fundamentales presuntamente vulnerados, otras veces para resolver recursos o cuestiones de inconstitucionalidad. Falta un pronunciamiento expreso, claro e inequívoco sobre la técnica en su proyección jurídico-pública. Un repaso a los trabajos de los autores que han hecho las más relevantes aportaciones sobre la cuestión nos permite leer conclusiones muy pragmáticas, pero inacabadas, en la línea de avanzar en el estudio del arbitraje jurídico público mientras el Tribunal Constitucional no se pronuncie en contra de esta técnica¹⁵.

La tarea debe comenzar por la propia Constitución y, en particular, por dos artículos, singularmente sensibles, he dicho unas líneas atrás. Se trata de los artículos 24.1 y 117.3. No son, desde luego, dos artículos más –no quisiera utilizar la expresión "artículo cualquiera" porque el calificativo es absurdo para todos y cada uno de los preceptos de la Constitución,

umbrales mínimos exigidos para recurrir en apelación o casación y la inminente subida de las tasas judiciales.

¹⁵ Vid. por todos R. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Ed. Aranzadi, 2001, p. 298 y ss. La idea se repite en la 3ª edición de su libro, 2010.

pero sí significar que los artículos 24.1 y 117.3 tienen un *plus* de fuerza respecto a todos los demás al menos en este ámbito-

El artículo 24.1 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre él ya se ha dicho todo, pero me quedo con los calificativos de “revulsivo”, “gran símbolo de la Constitución” o “derecho-estrella” que han utilizado respectivamente MEILÁN GIL¹⁶, L. MARTÍN-RETORTILLO¹⁷ y DÍEZ-PICAZO¹⁸. No se escapa, pues, que cualquier propuesta reformista que pueda hacer tambalear el laureado precepto estará abocada al más estrepitoso de los fracasos al menos mientras no se pronuncie en su defensa el Tribunal Constitucional. Y lo ha hecho, aunque en referencia al arbitraje *inter privados*. En su argumentación, ha considerado el carácter *prestacional* del derecho a la tutela judicial efectiva, el *derecho a promover* la actividad jurisdiccional y *a renunciar* a ella por los cauces que el legislador establezca. Desde esta perspectiva, el TC justifica que los titulares del derecho a la tutela judicial efectiva opten *libremente* por no ejercerla porque esta posibilidad está prevista en las leyes.

El *principio de libertad* es, pues, fundamento y motor del arbitraje. Al propio tiempo, es la razón de su constitucionalidad¹⁹. Que las partes contendientes *decidan* resolver sus conflictos al margen de los Tribunales de Justicia no menoscaba el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva:

“Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría privar al arbitraje, *cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente* (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterogéneo de arreglo de controversias que se fundamenta en la *autonomía de la voluntad de los sujetos privados*; lo que constitucionalmente le vincula con la *libertad como valor superior del ordenamiento* (art. 1.1 CE). De manera que *no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el de-*

¹⁶ Cfr. Meilan Gil, J.L., “El objeto del proceso contencioso-administrativo”, en *El proceso contencioso-administrativo*, EGAP, 1994, p. 33.

¹⁷ Cfr. “El Derecho fundamental al proceso debido”, *Derecho administrativo de nuestro tiempo*, Civitas, 2ª ed., 2010, p. 173, reproduciendo el “Prólogo” al libro de J.M. Bandrés Sánchez-Cruzat, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992.: “Permitaseme decir de entrada que yo vería la afirmación que contiene el artículo 24 de que todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva como el gran símbolo de la Constitución española de 1978. El gran símbolo, así, de todo lo que ha venido a representar la vigente Constitución española. Y no se crea que son apreciaciones de leguleyo, deformaciones de jurista profesional. El autor de este prólogo sabe que una Constitución es muchas cosas y, de entre ellas, un símbolo cualificado para un determinado tiempo histórico. Pues bien, si dentro de las simplificaciones que la tarea de elegir símbolos implica siempre hubiera que representar en esquema algo de lo más significativo del texto del 78, yo optaría sin dudarle, tras pensarlo mucho, por el artículo 24. En la reconducción de poderes – individuales, sociales y políticos- que toda Constitución efectiva implica, mucho es lo que representa el artículo 24 si nos atenemos al curso de la azarosa historia española”.

¹⁸ Cfr. “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial*, número 5, 1987, p. 41: “Si existe un derecho-estrella en el firmamento constitucional español actual, este título le corresponde, sin discusión alguna, al artículo 24 y, en especial, a su párrafo primero...”.

¹⁹ Constitucionalidad sobre la que el TC parece no tener dudas: “... la cuestión que tenemos planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, *que, sin duda, lo es*” (STC 174/1995, de 23 de noviembre, F.J.3). La doctrina invoca también el principio de libertad (artículo 1.1 y 9.2 CE) y la libre disposición (autonomía de la voluntad, art. 10.1 CE, en su manifestación más extensa del libre desarrollo de la personalidad) para fundamentar la constitucionalidad del arbitraje.

recho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4).

Por su parte, el artículo 117.3 atribuye *exclusivamente* a los jueces y tribunales la función jurisdiccional. El verdadero alcance de esta declaración ha sido puesto de manifiesto por S. MUÑOZ MACHADO, que propuso hace ya varias décadas que la Constitución había introducido en este precepto una “reserva de la función jurisdiccional” en favor de jueces y tribunales frente a indeseables injerencias del Poder Legislativo o Ejecutivo²⁰. En la tesis de la reserva jurisdiccional se encuentran algunas claves para entender la jurisprudencia constitucional sobre las leyes de arbitraje y los argumentos para valorar en su justa medida la viabilidad de la técnica arbitral en nuestro sistema constitucional.

La idea de que el Poder Ejecutivo invada la esfera de actuación de jueces y magistrados y las correlativas medidas que se han ido poniendo en marcha para reaccionar frente a dicha invasión son bien conocidas. Más extraños pueden hacerse los intentos del Poder Legislativo de ocupar parcelas de acción de la Judicatura, aunque MUÑOZ MACHADO expone una buena selección de casos. Ocurre, por ejemplo, cuando por ley se admite que ejerzan “jurisdicción” órganos que no son jueces y tribunales; o cuando la propia ley asume directamente el ejercicio de la función de juzgar (por ejemplo, proceder mediante ley a la reposición de las cosas en el estado anterior a una sentencia, al cambio de líneas jurisprudenciales consolidadas, o a convalidar el contenido de decretos anulados o en curso de anulación judicial). ¿Es la regulación del arbitraje un supuesto de inmisión del Poder Legislativo en la reserva jurisdiccional? Esta es la cuestión a la que habrá de responderse con carácter previo a proponer fórmulas arbitrales de solución de controversias en las relaciones jurídicas, y en particular en las públicas. Adelanto dos elementos que serán determinantes para hallar una respuesta razonada y a los que se referirá con claridad el propio Tribunal Constitucional: en primer lugar, la naturaleza jurídica del árbitro y de su función; en segundo lugar, la naturaleza jurídica de la decisión arbitral, contenida en el laudo.

En ese camino sinuoso, de relevantes avances y algunos retrocesos, han sido importantísimas las aportaciones del Tribunal Constitucional, que han permitido apaciguar posiciones enfrentadas de la doctrina y cerrar debates que no conducían a ninguna parte²¹.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado abiertamente sobre “*qué sea el arbitraje desde la perspectiva constitucional*” (ATC 259/1993, de 20 de julio), sentando las bases de su adecuado entendimiento. De la lectura de sus pronunciamientos puede extraerse una idea clave: la valoración de la adecuación de la técnica arbitral a la Constitución debe hacerse desde una correcta comprensión de su verdadera naturaleza jurídica. Y adelanto la conclusión: el arbitraje es, en términos generales, compatible con la Constitución —“sin duda lo es”, puede leerse en la STC 174/1995, de 23 de noviembre—; ni el artículo 24 ni el 117 de la Constitución son obstáculo para la utilización de la técnica arbitral, *siempre y cuando* sea valorada

²⁰ *La reserva de jurisdicción* es, precisamente, el título de una de sus monografías Editada por La ley, 1989.

²¹ Así, por ejemplo, destaca la doctrina la posición del TC respecto a la naturaleza del arbitraje, alineada con las posiciones “mixtas” que han surgido para salir al paso de los enfrentamientos dogmáticos entre defensores de las tesis contractualistas y jurisdiccionalistas. Entre otros pronunciamientos, *Vid.* los AATC 259/1993 y 326/1993, así como las SSTC 288/1993 y 174/1995, sobre los que se reflexionará en las páginas siguientes. El TC invoca la naturaleza de equivalente jurisdiccional, cuasi-jurisdiccional o para-jurisdiccional del arbitraje. *Vid.* una exposición sucinta de cada una de las teorías en S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Civitas, 2006, p. 41 y ss.

en su justa medida la figura del árbitro –frente al juez- y el laudo arbitral –frente a la sentencia-.

En este sentido y en primer lugar, *los árbitros no pueden ser calificados como Jueces*, en la acepción que a tal figura se adscribe en la Constitución²². El Juez es titular único de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE) y actúa revestido, por tanto, de *imperium*. El árbitro, sin embargo, “está desprovisto de tal carisma o cualidad” porque su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia (ATC 259/1993). El árbitro es “un particular que ejerce una función pública”²³. Es cierto que se afirma que su función es *para-jurisdiccional* o *cuasi-jurisdiccional* pero en ese “casi”, precisamente, está el *quid* de la cuestión²⁴. Efectivamente –dice el TC-, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder²⁵. Precisamente por esto el árbitro “necesita el brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado” (ATC 259/1993, de 20 de julio, F.J.1).

En segundo lugar, *el laudo y la sentencia* son semejantes desde una perspectiva material pero entre ambos existen importantes diferencias. En cuanto a *las semejanzas*, señala el Tribunal Constitucional que “uno y otra son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudencia-

²² “En tal sentido, los “Jueces avenidores”, escogidos o puestos por las partes para librar la contienda que existan entre ellas, según Las Partidas, o los “Jueces árbitros” cuya existencia garantizaba la Constitución de 1812 (artículo 280), *no pueden ser calificados como Jueces* en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo” (ATC 259/1993).

²³ El TC pone algunos ejemplos: “como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.)” (ATC 259/1993).

²⁴ El Tribunal Constitucional califica al arbitraje como “equivalente” jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995, entre otras).

²⁵ En el ATC 326/1993, de 28 de octubre, se insiste en esta idea: “... el árbitro designado por los particulares aspira lícitamente a que su labor sea reconocida: a que el laudo dictado por él sea declarado válido y que despliegue sus naturales efectos (...). A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa *en ejercicio de una potestad de iuris dictio*, pues el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991, fundamento jurídico 5º, y 288/1993, fundamento jurídico 3º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la Ley; y solo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles...” (F.J. 1). *Vid.* en este mismo sentido las SSTC 62/1991, de 22 de marzo, y 288/1993, de 4 de octubre. En otras ocasiones, más lejanas en el tiempo, el Tribunal Constitucional utilizaba un lenguaje que, al menos, inducía a confusión. Es el caso de la STC 43/1988, de 16 de marzo, en la que se hacía referencia al arbitraje como “jurisdicción” (“A este respecto –comienza el Alto Tribunal su argumentación en el fundamento jurídico 4- es fundamental el dato relativo a la jurisdicción dentro de la cual el litigio se ha resuelto en la instancia, es decir, la de arbitraje”) y al procedimiento arbitral como “proceso especial” (“En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio (“saber y entender”) por los Jueces árbitros designados por las partes...”, F.J. 5).

dentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica”. En ambas –indica el Tribunal– se utiliza el Derecho, ese *ars* o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (artículos 1 y 9 CE). Sin embargo, *las diferencias son también nítidas*. Desde una *perspectiva objetiva*, el laudo está limitado, porque el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición. Desde una *perspectiva subjetiva*, y dada la función del árbitro y sus limitaciones respecto al Juez, precisa de la asistencia de éste último para su ejecución forzosa.

La distinción entre árbitro-juez y laudo-sentencia permite echar por tierra las objeciones a la técnica arbitral basadas en una supuesta vulneración del artículo 117.3 de la Constitución, que atribuye exclusivamente a *Jueces y Magistrados* la función de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*²⁶. El árbitro no ejerce funciones jurisdiccionales, aunque el laudo sea cuasi-jurisdiccional, ni puede hacer ejecutar lo juzgado, porque carece de *imperium*.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de afirmar que la doctrina constitucional permite dar un paso más en el estudio del arbitraje. El arbitraje es, en términos generales, compatible con la Constitución; ni el artículo 24 ni el 117 de la Constitución son obstáculo para la utilización de la técnica arbitral. Es el momento de poner aquella doctrina a prueba sobre el arbitraje en las relaciones jurídico-públicas. Habrá que añadir a todas las reflexiones ya hechas la incidencia de otros dos preceptos constitucionales íntimamente vinculados al Derecho administrativo: los artículos 103 y 106 de la Constitución. El primero, artículo 103.1, establece que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con varios principios (entre los que está el de eficacia) y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. El segundo, 106.1, declara que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

¿Son los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución un obstáculo a la utilización del arbitraje en el terreno jurídico-público? La cuestión ha sido abordada por la doctrina administrativa, que se divide no solo al contestar afirmativa y negativamente a la cuestión, sino también en la argumentación de las respectivas posiciones.

En la posición más crítica con el arbitraje está HUERGO LORA, con argumento ciertamente sólidos. En su obra *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo* pesa con singular fuerza la “presencia del interés público” encomendado a la Administración, que parece resistirse a la idea de un arbitraje de Derecho público:

“El arbitraje en sentido estricto ... supone que la potestad de “decir el Derecho”, esto es, de controlar la legalidad de la actuación administrativa, se traslada de los órganos jurisdiccionales a unos sujetos elegidos libremente por las partes, sin que reste otra posibilidad de control judicial que el que se lleva a cabo a través del recurso de anulación contra el laudo. Esa posibilidad de que la Administración, que maneja fondos ajenos, encomiende la resolución de sus pleitos a un órgano codesignado por ella (y que además actúa respecto a procesos concretos, frente a la objetividad y generalidad del Poder Judicial), es vista con desconfianza por el le-

²⁶ Entre la doctrina procesalista es este uno de los obstáculos más reiterados para poner en cuestión la constitucionalidad del arbitraje. *Vid.* por todos Montero Aroca, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, p. 19.

gislador en todo caso, y de ahí las cautelas de los artículos 39 LGP y 40 LPE. Pero *esas cautelas se transforman en exclusión pura y simple cuando lo que está en juego no son únicamente intereses particulares (el de la Administración frente al de otro sujeto, como ocurre en los pleitos de Derecho privado), sino también el interés público en sentido objetivo, como interés colectivo encomendado a la Administración (frente al simple interés fiscal o interés subjetivo de ésta). Si la presencia del interés público y la tutela del mismo mediante un régimen normativo especial (el Derecho administrativo) es lo que transforma una cuestión en administrativa y justifica que su conocimiento no corresponda al orden jurisdiccional civil, sino a uno especializado (el contencioso-administrativo), mal se puede admitir que las partes (que no son titulares del interés público) desplacen a los Tribunales de lo contencioso-administrativo para sustituirlos por unos árbitros designados por ellas, especialmente cuando la Ley de Arbitraje no deja el menor resquicio para llegar a esta conclusión*²⁷.

Desde otro sector doctrinal se adopta una posición más favorable al arbitraje, aunque con cautela. Si la Administración Pública accede a someter una controversia a arbitraje, podría parecer, al menos en una primera aproximación, que burla el artículo 103.1, puesto que renuncia a tomar una decisión o a mantener la inicialmente tomada, remitiendo tal responsabilidad a un tercero no jurisdiccional, el árbitro. Sin embargo, el árbitro no sustituye con su actividad a la Administración, que ya ha actuado, sino al órgano judicial. En consecuencia, la legitimidad constitucional del arbitraje, en lo que al artículo 103.1 se refiere, queda reducida a una cuestión de legalidad. Es decir, el arbitraje sería perfectamente posible siempre y cuando se encontrara entre los medios legalmente dispuestos al alcance de la Administración²⁸.

Ahora bien, llegados a este punto debemos valorar la posible vulneración del artículo 106.1, que estatuye el efectivo *control* de la actividad administrativa por órganos judiciales, lo que impide que puedan existir “comportamientos de la Administración Pública (...) inmunes al control judicial” (STC 136/1995, de 25 de septiembre). ¿Es admisible entonces que en caso de conflicto pueda la Administración por medio de un convenio excluir un acto o un contrato de la fiscalización de los Tribunales sustituyéndola por la de un árbitro? A mi juicio, la contestación a esta cuestión pasa por recordar las razones perseguidas por el constituyente al referirse al control por los Tribunales (con mayúscula), por tanto, a órganos judiciales en sentido estricto. Lo que la Constitución ha pretendido con el precepto analizado es garantizar el control, sin fisuras, del Poder Ejecutivo por el Poder Judicial como consecuencia de la división de poderes que se articula en la Constitución²⁹.

El artículo 106.1, intrínsecamente relacionado con los demás de la Constitución que hacen referencia diferenciada a los dos Poderes, Ejecutivo y Judicial, debe analizarse con perspectiva histórica. La separación de poderes en sus orígenes revolucionarios franceses trajo como consecuencia la independencia de los jueces respecto al Poder Legislativo y al monarca, pero el control de la actividad de la Administración siguió en manos de órganos

²⁷ *Cfr. op. cit.*, p. 175.

²⁸ *Cfr. R. Bustillo Bolado, op. cit.*, p. 302. Esta misma reflexión le lleva a cuestionar la admisibilidad de someter cuestiones jurídico-públicas a arbitraje de equidad, como se comentará más adelante. *Cfr. op. cit.*, p. 303 y 308 y ss.

²⁹ En definitiva, Bustillo concluye su análisis con gran pragmatismo reconociendo que la respuesta a la admisibilidad constitucional del sometimiento de las Administraciones Públicas a arbitraje dista de ofrecer una solución apodictica. Existen argumentos para sostener posturas encontradas y será, en última instancia, el Tribunal Constitucional, quien tenga la última palabra en una decisión en la que quizá pesen también argumentos meta-jurídicos.

administrativos, bajo la premisa de que juzgar a la Administración era también administrar³⁰. Desde entonces y durante dos siglos, el Derecho Administrativo irrumpe y se desarrolla en el país vecino a golpe de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con justicia retenida al principio, delegada, después, hasta llegar a alcanzar su completa jurisdiccionalización³¹.

En España, el contencioso no llegó a liberarse en ninguna de sus etapas de la herencia francesa, ni siquiera cuando la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888 estableció las bases definitivas de la judicialización del contencioso-administrativo. El resultado ha sido casi un siglo de debilitamiento de las formas de control jurisdiccional de la Administración Pública y la progresiva consolidación de privilegios que la situaron ante los Tribunales en un plano distinto del de los particulares.

El artículo 106.1 de la Constitución persiguió desde su gestación, por un lado, garantizar un sistema de control de la Administración ajeno al propio Poder Ejecutivo –la referencia, pues a los “tribunales” reivindica un sistema judicialista pleno -y, por otro lado, sentar una premisa de máximo control de la actuación de aquel Poder –como reacción a los privilegios que impedían el conocimiento por los tribunales de decisiones administrativas de diversa naturaleza-.

No se trata tanto de que todas y cada una de las controversias en las que está implicada la Administración deban ser sometidas a los tribunales, como de evitar que los conflictos se resuelvan en el seno de la propia Administración o, simplemente, sean ajenos a cualquier tipo de control. Por eso, no chocaría con el art. 106 que personas, entes o instituciones ajenas a la Administración controlen su modo de actuar si lo hacen de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico. Se habría cumplido el principal objetivo del precepto constitucional: la separación de poderes y el pleno control. No podría argumentarse, respecto al arbitraje, que se sustrae del acceso a la Justicia determinados asuntos administrativos porque, siempre y en todo caso, quedará abierta la vía judicial para plantear, si fuese procedente, el recurso de anulación contra el laudo.

En cualquier caso, las dificultades expuestas no pueden ser argumentos definitivos para erradicar del Derecho público una técnica que, al menos *a priori*, encuentra en su seno un campo casi virgen muy propicio para su ensayo. La primera afirmación –campo casi virgenes fácilmente constatable; no hay más que repasar la normativa vigente para detectar la escasa implantación del arbitraje en el Derecho público. La segunda afirmación –campo muy propicio- debe aclararse: propicio por su efecto “descongestionante” de la Jurisdicción con-

³⁰ “Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni interferir -troublers- sobre las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones” (Ley de 16-24 de agosto de 1790). Se mantenía, con ello, pes a la Revolución, la regla del Antiguo Régimen precedente enunciada de la siguiente forma: “los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, interferir -troublers- de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos no citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

³¹ *Vid.* un certero análisis de las reformas operadas en el modelo francés a partir de las leyes de 16 de julio de 1980 y 8 de febrero de 1995, culminadas en el Código de Justicia Administrativa aprobado por Ordenanza de 4 de mayo de 2000 y su Reglamento por Decreto de la misma fecha, en el estudio de E. García De Enterría, “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un *status* de jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, número 179, 2009, p. 167 y ss. Destaca –dice el autor-, con toda evidencia, la conversión de la jurisdicción contencioso-administrativa en una jurisdicción “plena”, desapareciendo el viejo principio de “separación” entre la Administración y los Tribunales. Del mismo autor puede consultarse *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989.

tencioso-administrativa; propicio también, y esta es la verdadera razón de ser de la técnica en su proyección jurídico-pública, porque permitirá proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente, haciendo posible la realización del Estado de Derecho y la superación de una crisis en la que tiene mucho que ver la *desgobernanza*, si se me permite la expresión.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO

El ordenamiento jurídico español no se ha ocupado del régimen jurídico del arbitraje en Derecho administrativo. A lo sumo, algunas disposiciones legales reconocen expresamente la posibilidad de arbitraje sobre determinadas materias y regulan algún que otro requisito procedimental inexcusable³²; pero no existe una regulación general que aborde el procedimiento arbitral, los árbitros, el tipo de arbitraje o la validez y eficacia del laudo arbitral.

La norma reguladora del régimen jurídico general del arbitraje de Derecho administrativo debe tener *rango de ley*. La exigencia es incontestable y su fundamento radica en una de las notas características de este sistema: la renuncia a la jurisdicción. Dados sus efectos limitativos sobre el derecho fundamental a la tutela judicial, el arbitraje sólo es admisible si y en la medida en que haya sido reconocido y regulado expresamente, y además por una Ley, que es el rango que deben tener las normas básicas en materia procesal, las que introduzcan excepciones a las Leyes procesales básicas o las que modulen el ejercicio de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva³³. ¿Qué contenido habría de tener dicha ley de arbitraje, si pretende acomodar las notas fundamentales de la técnica arbitral al Derecho Público? He aquí algunas reflexiones y propuestas encaminadas a favorecer la implantación de la técnica, a sabiendas de las dificultades que provocará, si llega el caso, su puesta en práctica.

1. *Arbitraje cuasi-jurisdiccional y voluntario*

El arbitraje de Derecho público debe disipar, de una vez por todas, las dudas sobre su naturaleza jurídica: bajo esta denominación debe reconocerse el arbitraje cuasi-jurisdiccional y voluntario. Esta afirmación obliga a reconducir a sus justos términos el análisis de algunas técnicas jurídicas que, pese a su apariencia de arbitraje e incluso su mismo *nomen iuris*, esconden en realidad instrumentos muy diferentes al arbitraje en sentido estricto³⁴.

Por lo demás, la voluntariedad del arbitraje podría matizarse en su proyección sobre las relaciones jurídico-públicas en el sentido que han hecho algunos de los principales especialistas en la materia, que proponen un arbitraje voluntario para el ciudadano y forzoso para la

³² Es el caso, por ejemplo, de la Ley General Presupuestaria o de la legislación de patrimonio del Estado, que tradicionalmente se han referido a la posibilidad de someter a arbitraje cierto tipo de controversias con determinadas cautelas, como la exigencia de dictamen del Consejo de Estado. Sin embargo, para algunos autores, representados por Huergo Lora, no se puede ver en esta regulación una función habilitante del arbitraje en Derecho administrativo. *Cfr. op. cit.*, p. 172 y ss.

³³ Así lo expresa Huergo Lora, *op. cit.*, p. 169.

³⁴ Especialmente llamativo es el caso de los arbitrajes creados al amparo de la previsión legal del artículo 107.2 de la Ley 30/1992, que provocó una desorientación bastante general que puede detectarse en muchos de los estudios sobre arbitraje de los años sucesivos a su regulación. Se trata de una técnica sustitutiva de los recursos administrativos en la que no concurren las condiciones enunciadas: el carácter cuasi-jurisdiccional y la voluntariedad (ésta última, al menos cuando la técnica sustitutiva lo sea del recurso de alzada).

Administración. La razón es pragmática y muy comprensible. En el Derecho privado ambas partes tienen interés en la pronta resolución del conflicto, pero la presencia de la Administración y el privilegio de ejecutividad pueden hacer que una de las partes no tenga especial interés en esa prontitud. Para evitar el fracaso de la técnica ante la posible pasividad de la Administración, la futura Ley de reguladora del arbitraje podría establecer el deber de la Administración de aceptar el arbitraje, quedando su “voluntad” suplida por el mandato legal, como ocurre con cualquier potestad reglada³⁵. La voluntad del interesado sería, por el contrario, genuinamente libre³⁶.

2. *Ámbito de aplicación del arbitraje*

La Ley 60/2003, reguladora del arbitraje en las relaciones jurídico-privadas, determina las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición. Tal y como se señala en su Exposición de Motivos, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias; basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. Si, por razones de política jurídica hay o puede haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable, debe recogerse, en su caso, en disposiciones específicas de otros textos legales.

El Derecho público puede exigir una conclusión distinta. Las dificultades de determinación y la ausencia de unanimidad doctrinal sobre las materias “disponibles” podrían hacer recomendable una concreción de mínimos, es decir, de aquellas materias que no ofrecen duda y respecto a las que puede practicarse la técnica arbitral, sin perjuicio de que otras normas especiales amplíen el ámbito legal del arbitraje cuando se estime oportuno³⁷.

³⁵ Esta fue la opción recogida en el borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora del Arbitraje Administrativo de 21 de noviembre de 2001, cuyo artículo 4 establecía que “la voluntad del interesado de someter a arbitraje la resolución de un conflicto administrativo vincula a la Administración Pública afectada. Esta voluntad se manifiesta mediante la presentación de la solicitud de arbitraje”.

³⁶ Vid. R. Fernández Montalvo, P. Teso Gamella y A. Arozamena Laso, en su obra *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 45. Vid. también F. López Menudo, “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa*, N° 2, 1999, p. 16.

³⁷ Esta fue la opción escogida por los redactores del fallido Anteproyecto de Ley de Arbitraje Administrativo de 21 de diciembre de 2001, que establecía un elenco de materias susceptibles de arbitraje: la ejecución e interpretación de los contratos de las Administraciones públicas; la aplicación de los convenios celebrados entre las Administraciones públicas y personas privadas, físicas o jurídicas, excluidos del ámbito de aplicación de la legislación contractual; la determinación de la cuantía de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; la determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo; y cualquier actuación que ponga fin a un procedimiento administrativo que, de acuerdo con su normativa reguladora, pueda finalizar mediante convenio con los interesados en las condiciones previstas en el artículo 88 de la Ley 30/1992, con independencia de que se produzca o no la terminación convencional. PÉREZ MORENO planteó una propuesta de artículo sobre la delimitación negativa y positiva de materias susceptibles de procedimientos de resolución alternativa que podría completar la relación expuesta: “Materias susceptibles de procedimientos alternativos de resolución de impugnaciones: 1. Quedarán en todo caso excluidos de la aplicación de los procedimientos de resolución alternativa las reclamaciones, controversias o conflictos que versen sobre las siguientes materias: a) Infracciones de derechos fundamentales. b) Reconocimiento, modificación o extinción de la titularidad o del ejercicio de potestades administrativas. c) Control de las decisiones administrativas unilaterales sobre valoración directa del interés general. d) Ejercicio de la potestad sancionadora. e)

3. *¿Arbitraje de Derecho?*

Suele afirmarse que en el ámbito del Derecho público debe generalizarse el arbitraje de Derecho³⁸. Esta idea no choca con las tendencias actuales. De hecho, la Ley 60/2003 invirtió la regla que la Ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad, siguiendo la corriente mayoritaria en el derecho comparado. En palabras de su Exposición de Motivos, “resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal”. De ahí que se restrinja el arbitraje de equidad a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente:

“Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello” (artículo 34.1).

Pese a la claridad del mandato legal y la opción decidida por limitar el arbitraje de equidad a aquellos supuestos en que las partes hayan pactado dicha modalidad, las determinaciones de la Ley de Arbitraje no han estado, en este punto, exentas de críticas³⁹. Sobre todas ellas, hay una crítica especialmente convincente: el atractivo del arbitraje frente al proceso judicial se pierde en parte cuando aquél, como éste, se limita a la imposición del derecho al caso concreto. Cuando las partes optan por ejercer el arbitraje en equidad aspiran a encontrar una satisfacción que la Judicatura no puede ofrecer, porque resolver en equidad, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro, lleva a sopesar una serie de condicionantes, situaciones subjetivas y demás componentes que en la aplicación del derecho no se barajan o, aun cuando se aportan, no son elementos determinantes del fallo resolutorio (BARONA VILAR⁴⁰). De ahí que se hable de “desconflictivización”, de buscar la paz social, o de “hacer justicia sin perder la amistad”.

¿Qué puede decirse respecto al arbitraje de Derecho público? La doctrina ha apostado mayoritariamente por el arbitraje de Derecho. En alguna ocasión se defiende, más matizadamente, que sostener como regla general esta modalidad de arbitraje no tendría por qué impedir, con carácter excepcional y para supuestos específicos, la previsión de un arbitraje de equidad. SÁNCHEZ MORÓN menciona la posibilidad de que se atribuya a un árbitro con

Ejercicio directo de funciones de autoridad. 2. Podrán ser sometidos a los procedimientos alternativos a los recursos administrativos las reclamaciones, controversias o conflictos sobre actuaciones administrativas que, no estando incurso en las exclusiones establecidas en el párrafo anterior, versen sobre las siguientes materias: a) Las susceptibles de transacción. b) La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates. c) La determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminados. d) La interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. e) La concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de la legislación de urbanismo, protección del medio ambiente, ordenación del territorio y, en general, en todas las modalidades de planificación sectorial. f) Las demás que se establezcan en normas legales. 3. Corresponde a las Administraciones Públicas acordar la aplicación de los procedimientos alternativos en cada supuesto según los procedimientos que establece esta Ley, a excepción del arbitraje alternativo que deberá someterse al procedimiento especial”. Cfr. “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, en Montoro Chiner (Dir.), *La justicia administrativa: Libro Homenaje al Dr. Entrena Cuesta*, 2003, p. 178-179.

³⁸ En este sentido, J.C. Maresca Cabot, “El arbitraje en Derecho Administrativo”, *Bulletí N° 5 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1994, p. 33.

³⁹ Vid. una crítica contundente en el comentario al artículo 37.1 realizado por S. BARONA VILAR, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson, Civitas, 2004, p. 1205 y ss.

⁴⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 1206-1207.

suficiente cualificación la resolución de una controversia sobre los términos en que procede ejercer las facultades discrecionales mediante arbitraje de equidad⁴¹. MARESCA CABOT sugiere tímidamente, después de afirmar la exigencia de un arbitraje de Derecho, que si éste es imprescindible en general, por exigencia del principio de legalidad, podría sostenerse el arbitraje en equidad de las cuestiones puramente convencionales de la Administración⁴².

Detrás de todas estas consideraciones se vislumbra el peso del principio de legalidad y la resistencia –comprensible- a someter las controversias en las que esté implicada la Administración Pública a decisiones no basadas estrictamente en el Derecho. Sin duda está presente la fuerza del artículo 103.1 de la Constitución y la lucha contra las inmunidades del Poder sobre la que tanto se ha escrito⁴³. Sin embargo, no puede perderse de vista que el laudo en equidad no implica desconocimiento o contravención del Derecho; la equidad es un concepto superador y complementario del concepto de Ley, que permite a quien resuelve buscar una aproximación a la decisión justa desde un juicio equilibrado, razonable, argumentado e imparcial; y quien decide en equidad escapa por definición de lo arbitrario, parcial, inmotivado, absurdo o ilógico⁴⁴. Aceptadas estas consideraciones, no tendría que extrañarnos, ni mucho menos alertarnos, que una controversia en la que esté presente la Administración se dirima en equidad.

4. Los árbitros

Una exigencia unánime en la doctrina que defiende el arbitraje en las relaciones jurídico-públicas es la *especialización* de los árbitros, al reclamar de ellos al menos tanta formación y especialización como los titulares de órganos judiciales llamados inicialmente a conocer el asunto⁴⁵. Algunos autores incluso ven en la especialización una de las principales armas en defensa del sistema arbitral, por contraposición a la dificultad que tienen en la actualidad los jueces y magistrados de lo contencioso-administrativo para conocer de la complejidad de los asuntos que llegan a sus manos.

Ahora bien, la exigencia de especialización debe articularse adecuadamente en la ley arbitral, para evitar algunas consecuencias perniciosas que ya se han mostrado con ocasión del arbitraje privado.

Así, en primer lugar, será un árbitro adecuadamente formado para llevar a cabo un arbitraje en Derecho el que tenga formación jurídica. Es una exigencia razonable, que no deja de tener una lectura negativa: impide ser árbitro a expertos de otras ramas de la ciencia especializados en el objeto de la controversia y que podrían, sin lugar a dudas, resolverla con mayor facilidad y menor margen de error que un árbitro de estricta formación jurídica. Me refiero, por ejemplo, a los casos en que esté en juego una discrecionalidad técnica, o cuando haya que determinar un concepto jurídico enraizado en conocimientos técnicos o científicos, o, sin agotar la cuestión, si hay que hacer valoraciones cuantitativas en las que los conocimientos

⁴¹ Cfr. *Derecho administrativo*, Tecnos, 5ª ed., 2009, p. 840.

⁴² Cfr. “El arbitraje ...”, *cit.*, 1994, p. 33.

⁴³ Vid. la profusa obra de E. García De Enterría y, en particular, el libro que lleva por título *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, con sucesivas ediciones de Aranzadi (1ª ed., 1974), y antes en la *Revista de Administración Pública*, número 38, 1962.

⁴⁴ Estas expresiones pueden encontrarse fácilmente en la jurisprudencia civil sobre arbitraje de equidad.

⁴⁵ Vid. por todas la opinión de Bustillo Bolado, *op. cit.*, 3ª ed., p. 463 y ss.

jurídicos ceden protagonismo a los periciales. Creo que en estos casos debería someterse la cuestión a un órgano colegiado arbitral, en el que la formación jurídica solo se debería exigir imperativamente a algunos de sus miembros⁴⁶; o bien, podría ser este el ámbito excepcional de un arbitraje de equidad para el que no se exigiría aquella condición relativa a la formación jurídica⁴⁷.

En segundo lugar, no debe llegarse al extremo que han alcanzado algunas leyes de arbitraje privado al exigir la “condición de abogado en ejercicio”, dejando fuera de juego a muchos otros profesionales del Derecho que podrían encargarse de resolver el conflicto⁴⁸. En este sentido, la reforma reciente de la Ley 60/2003 recoge esta exigencia en unos términos muy aceptables:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la *condición de jurista* al árbitro que actúe como tal.

Quando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista”.

5. *Procedimiento arbitral*

Rapidez, celeridad, flexibilidad, agilidad... Son virtudes predicadas del procedimiento arbitral por contraposición al jurisdiccional y tienen su particular regulación en la Ley de Arbitraje de 2003. Importar tales ideas-fuerza sobre el ámbito jurídico-público exige una predisposición para superar muchas inercias derivadas de la presencia en las relaciones con la Administración del estereotipado acto administrativo y de la resistente concepción revisora del proceso contencioso-administrativo. Con esto quiero decir que no puede acometerse la tarea de articular un procedimiento arbitral sobre la base del procedimiento administrativo ni, obviamente, del procedimiento judicial.

Por más que valoremos como conquistas del Estado de Derecho ciertas garantías que rodean a aquellas estructuras procedimentales, habrá que aceptar que si las extrapolamos sin más al procedimiento arbitral habremos conseguido un sucedáneo, que tal vez recuerde en algo al arbitraje, pero solo eso.

El procedimiento arbitral debe gravitar, como el arbitraje mismo, sobre la voluntad de las partes, que son libres de escoger cómo, dónde, cuándo y con quién quieren resolver la

⁴⁶ Este es el sentido de una de las reformas a la Ley 60/2003 que está en estos momentos en tramitación y a la que me referiré unas líneas más abajo.

⁴⁷ En este sentido se pronuncia M.J. Montoro Chiner, que pone de manifiesto una evidencia: “los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción contenciosa son cada vez más complejos, y la globalización de la sociedad, los avances tecnológicos que configuran la llamada sociedad del riesgo (de la medicina, de la técnica, ambientales) obligan a una especialización de los órganos administrativos que no se corresponde, en cambio, con la especialización de los órganos de la jurisdicción contenciosa. La composición estrictamente jurídica de los órganos jurisdiccionales, y la formación de sus miembros, contrasta con la especialización observada en la configuración de cualquier unidad (productiva, de investigación o de comprobación) en los tiempos modernos. Es así que la introducción de sistemas alternativos de resolución de conflictos, puede revelarse adecuada y aceptable siempre y cuando no se merme el derecho a la tutela judicial”. Cfr. “Técnicas pre y extra-procesales de resolución de los conflictos urbanísticos”, *Bulleti número 9 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1997, p. 48.

⁴⁸ Se pronuncia en este sentido J.L. Navarro Pérez, *Ley de Arbitraje. Comentarios, jurisprudencia y textos positivos complementarios*, Comares, Granada, 1990, p. 29.

controversia. Las reglas que establezca la norma serán casi siempre subsidiarias de lo que hayan acordado, con escasísimos límites: igualdad, audiencia y contradicción, como dispone para el arbitraje privado la Ley 60/2003.

Los plazos, los medios de notificación, la protocolización del laudo, incluso su motivación, queda a la libre voluntad de las partes. Si éstas acuerdan que el laudo no tiene que estar motivado, debemos ser capaces de imaginar una actuación de Derecho público que se habrá adoptado con razón, pero sin que se exprese; y tendremos que evitar rasgarnos las vestiduras por imaginar cualquiera de los supuestos del artículo 54 de la Ley 30/1992 manifestados sin la garantista motivación. Esta actitud permitirá leer las reglas del procedimiento arbitral en la Ley de Arbitraje privado y aceptar con naturalidad que puede servir para ordenar controversias jurídico-públicas. “Por qué no” debe ser nuestra posición inicial, y a partir de ahí hacer las adaptaciones y modulaciones que requiera la controversia por sus singularidades.

En primer lugar, debe existir una autorización al órgano administrativo a utilizar la técnica arbitral. Es una exigencia de nuestro ordenamiento jurídico, como se analizará más adelante, para transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los bienes y derechos de las Haciendas públicas. *De lege ferenda* debería replantearse la competencia para autorizar el arbitraje, reservada a día de hoy a las más altas instancias de la jerarquía administrativa, con poca operatividad y dudosa eficacia⁴⁹, y valorar la posibilidad de liberar de este control previo al arbitraje que recaiga sobre ciertas materias, que deberían quedar claramente establecidas en la ley.

En segundo lugar, la técnica arbitral debe articularse procesalmente. Sin duda es la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa la sede propicia para disponer el momento y la forma en que puede llegar a plantearse el sometimiento a arbitraje una controversia. Intuitivamente, es posible concebir dos situaciones:

1º) El arbitraje pre-judicial: Surgida la controversia a propósito de una actuación o inactividad administrativa, sobre una materia disponible, existe voluntad de las partes de resolver el conflicto por la vía arbitral, renunciando al contencioso.

En este caso lo esencial es que los contactos previos y, sobre todo, la espera por la citada autorización administrativa para someter la contienda a arbitraje no provoquen la imposibilidad de plantear la acción judicial -por transcurso de los plazos de interposición del recurso- si finalmente no llegara a materializarse el arbitraje⁵⁰.

⁴⁹ El Consejo de Estado, a propósito del Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en referencia a la regulación del acuerdo o conciliación judicial que recoge hoy en día el artículo 77 de la Ley, puso de manifiesto sus dudas en este sentido. Tras valorar positivamente la regulación declaró que solo la práctica habría de decir si era una previsión útil o meramente retórica; y, entre sus inconvenientes, destacaba precisamente el hecho de que requiera Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno, concluyendo que “la puesta en práctica de la conciliación puede poner en evidencia la necesidad de modificar determinadas normas competenciales, especialmente en asuntos de cuantía escasa”.

⁵⁰ Podría introducirse un nuevo apartado en el artículo 46, relativo a los plazos de interposición del recurso, para recoger la posibilidad de que, antes del vencimiento de los plazos señalados en dicho artículo, el interesado presente ante el órgano jurisdiccional un escrito manifestando su voluntad de someter a arbitraje la contienda, suspendiéndose el plazo para presentar el recurso mientras se sustancian las actuaciones previas al acuerdo definitivo sobre arbitraje. A. PÉREZ MORENO se ha planteado esta situación y propone lo siguiente: dentro del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo la parte actora pediría al Juez o Tribunal la iniciación de un procedimiento especial de

2º) El arbitraje intra-judicial: En estos casos la controversia ya se ha judicializado, pero en algún momento de la contienda el juez propone o las partes manifiestan su voluntad de someter sus pretensiones, en su totalidad o en alguna de sus partes, al juicio de un árbitro⁵¹. En tal caso, debe preverse qué hacer con las actuaciones en curso durante el procedimiento arbitral y cómo integrar la decisión arbitral en el pleito cuando se produzca⁵².

Sin duda, la intervención judicial confiere a la técnica arbitral seguridad y certeza jurídicas. Cosa distinta es si este sistema podría hacer caer en saco roto algunas de las principales ventajas del propio sistema arbitral. Probablemente, la Justicia Administrativa no es la más idónea para soportar el peso que se propone⁵³, por lo que deberían buscarse fórmulas alternativas, a ser posible, sin merma de las garantías de los implicados en la controversia ni menoscabo de los intereses públicos. Al menos, el impulso de un sistema arbitral para asuntos jurí-

autorización del arbitraje. Previa audiencia de la Administración, el órgano jurisdiccional resolvería sobre la procedencia del arbitraje y nombraría a los árbitros. Adoptaría medidas cautelares y fijaría el plazo para dictar el laudo. Este se comunicaría a dicho órgano jurisdiccional que lo tendría por válido y eficaz mediante Auto, siempre que ninguna de las partes lo hubiese impugnado por vicios de nulidad tasados y siempre que no fuese en contra del ordenamiento jurídico. El Auto sería ejecutivo en los mismos términos previstos en el artículo 113 de la Ley Jurisdiccional. *Cfr.* “El arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº 43, 2001, p. 297.

⁵¹ Taruffo habla de un sistema ya ensayado en EEUU: el juez, cuando lo considere oportuno, deriva a las partes a un conciliador (*court-annexed mediation*) o a un árbitro (*court-annexed arbitration*). En el primer caso, si las partes alcanzan un acuerdo el procedimiento termina, mientras que, si no lo alcanzan volverán al juez para seguir adelante con el procedimiento judicial. En el segundo caso, las partes pueden aceptar la resolución del árbitro poniendo fin al procedimiento o pueden rechazarla, en cuyo caso el procedimiento judicial sigue adelante. En ambas situaciones, pueden preverse consecuencias negativas –por lo general, en términos de costas procesales- a cargo de la parte que haya rechazado una resolución del litigio –conciliatoria o arbitral- si luego resultara ser más favorable para ella que la establecida por el juez al finalizar el proceso. *Cfr. op. cit.*

⁵² La fórmula podría estar en el artículo 77 de la Ley Jurisdiccional, que está dedicado a la consecución de un acuerdo transaccional que ponga fin a la controversia, aunque podría extenderse a otras formas de terminación anticipada del proceso judicial; o bien en la regulación de un procedimiento especial en la Ley Jurisdiccional. En ambas situaciones se descansaría sobre la magistratura la “preparación” del arbitraje: conocer y poner en conocimiento de los demás contendientes la voluntad de someter la contienda a arbitraje, acordar la suspensión de las actuaciones judiciales y, sobre todo, ejercer la función de control ex ante sobre la materia. Además, lógicamente, de las funciones que le corresponderían durante y después del procedimiento arbitral. *Vid.* A. Pérez Moreno, “Artículo 77”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, *Revista Española de Derecho administrativo*, número 100, 1998, p. 551.

⁵³ Refiriéndose al arbitraje “privado”, señala Colina Gareca que “la rapidez con la que se caracteriza al arbitraje también puede ser puesta en duda cuando resulta necesario acudir al auxilio de la jurisdicción ordinaria en funciones de apoyo o control al procedimiento arbitral. Si partimos de la preconcebida idea de la lentitud de la justicia ordinaria, piénsese simplemente en las dilaciones que en el ritmo normal de un proceso ágil y dinámico pueden ocasionar la designación judicial de los árbitros por ausencia de acuerdo entre las partes, la asistencia judicial en la práctica de pruebas, la adopción de medidas cautelares y ...la ejecución forzosa del laudo ...”. *Cfr. El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2009, p. 69 y 70, nota 118. *Vid.* una defensa del arbitraje en el contexto de la Jurisdicción en M. Taruffo, *op. cit.* A juicio de este autor, los procedimientos arbitrales –y los de mediación- no pueden ser “abandonados a su destino” y que las partes actúen por sí mismas para solucionar sus conflictos. Al contrario: puesto que la jurisdicción sigue siendo la primera alternativa además de la principal, las técnicas de mediación y arbitraje pueden emplearse en el contexto de la jurisdicción.

dico-públicos no debería activarse sin considerar pausadamente los posibles problemas que podría provocar en la ya sobrecargada Jurisdicción⁵⁴.

6. *El laudo*

El laudo es la resolución dictada por los árbitros en virtud de la cual se pronuncian sobre el fondo del conflicto. En coherencia con los fundamentos de la técnica arbitral, el laudo debe producirse en un plazo determinado, que se convierte en “esencial” y que no admite las dilaciones o retrasos que presenta la vía judicial⁵⁵.

Por otra parte, la experiencia arbitral en las relaciones jurídico-privadas deja pocas dudas *sobre* la fuerza y los efectos del laudo. El artículo 43 de la Ley de Arbitraje de 2003 dispone sin tibieza que “el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.

La fuerza de cosa juzgada del laudo⁵⁶ no tiene por qué requerir de especialidades cuando se vuelque sobre el arbitraje jurídico-público. Lógicamente, la normativa que pudiera llegar a aprobarse tendría que prever un cauce adecuado para excepcionar la cosa juzgada en las dos situaciones en que puede plantearse: en primer lugar, si una de las partes plantea un segundo proceso arbitral ante la insatisfacción o desacuerdo que le hubiera podido provocar la decisión adoptada en el primero; en segundo lugar, si, por las mismas razones de insatisfacción o desacuerdo, pretende plantear en sede judicial la misma controversia⁵⁷.

La acción de anulación tiene pleno sentido en el arbitraje que se sustancie respecto a las relaciones jurídico-públicas. Probablemente sea necesario revisar las causas de anulación para incluir alguna otra, derivada de las causas de nulidad de pleno derecho que para los actos administrativos recoge el artículo 62.1 de la Ley 30/1992⁵⁸.

⁵⁴ Me refiero, fundamentalmente, al papel que inexcusablemente tendrán que llevarse a cabo desde el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sobre todo en dos direcciones: el impulso del sistema arbitral, cuando este se produzca en sede pre-judicial o en el caso de que se tome la decisión de acudir al arbitraje en medio de un proceso en tramitación; y la revisión de los laudos arbitrales cuando concurra alguna de las causas de anulación que contemple la Ley que haya de regular el arbitraje.

⁵⁵ El Tribunal Supremo ha insistido en esta cuestión, al decir que “el plazo para emitir el laudo arbitral debe ser respetado *de modo inexorable*, porque es el lapso de tiempo durante el cual las partes voluntariamente renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias a los árbitros, y dotan de facultades decisorias a los árbitros, pasado el cual cesa la potestad de los mismos, por haber rebasado el límite, y *vicia de nulidad cualquier actividad arbitral extemporánea*”. Esta aseveración se encuentra en sentencias dictadas al amparo de la Ley de arbitraje de 1953 (STS de 23 de septiembre de 1974, RJ 1974/3561, y STS de 10 abril de 1991, RJ 1991/2683) y se ha reiterado hasta la actualidad.

⁵⁶ *Vid.* una interesante exposición de los efectos positivo y negativo de cosa juzgada respecto de laudos arbitrales en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 23 junio de 2010 (Sala de lo Civil Sección 1ª, RJ 2010/2669 y RJ 2010/4907).

⁵⁷ *Vid.* por todas, una Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1991 (RJ 1991/4412): “al quedar firme, las partes aceptaron sus declaraciones, son cosa juzgada para las mismas y por ello no pueden volver sobre los temas en los que hubo pronunciamiento arbitral”.

⁵⁸ En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Arbitraje de 2001 establecía como causas de anulación del laudo las siguientes, por ejemplo “que el laudo se haya dictado prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido”, “que el contenido del laudo lesione derechos fundamentales”, o “cuando el laudo se hubiera dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta o cualquier otra conducta punible que haya sido declarada por sentencia firme”.

Como se expuso al analizar la constitucionalidad del arbitraje, la labor de los árbitros llega hasta donde alcanza la autonomía de la voluntad de las partes. Éstas pueden decidir acudir al arbitraje para dirimir una controversia, siempre que recaiga sobre materias disponibles, pero la autonomía de la voluntad no permite la atribución de la ejecución a los árbitros, porque la fuerza inherente a todo proceso de ejecución es monopolio exclusivo del Estado. Parafraseando al Tribunal Constitucional, el Juez es titular único de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE) y actúa revestido, por tanto, de *imperium*. El árbitro, sin embargo, “está desprovisto de tal carisma o cualidad” porque su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia (ATC 259/1993). El árbitro es “un particular que ejerce una función pública”. La inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder. Precisamente por esto, el árbitro “necesita el brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado” (ATC 259/1993, de 20 de julio, F.J.1).

Si llegara a aprobarse una ley de arbitraje para los asuntos jurídico-públicos, debería contener, al menos, una remisión a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a los efectos de la ejecución del laudo. Lo que implicará, sin duda, el gran reto de hacer frente a los graves inconvenientes que acompañan a día de hoy a la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Desde luego, no tendría sentido favorecer la resolución extrajudicial de las controversias si a renglón seguido no se adoptan medidas para lograr una ejecución razonable del laudo arbitral, que pasa, al menos, por lograr la satisfacción de los intereses de las partes afectadas por el laudo en un tiempo acorde con la celeridad que se busca con el procedimiento arbitral y con las máximas garantías de su cumplimiento. Será preciso abordar esta cuestión con serenidad y contundencia, determinando el órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo el proceso de ejecución y revisando los trámites procesales a fin de conseguir la fluidez necesaria para no frustrar los intereses de los contendientes.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: MITOS Y REALIDAD SOBRE EL ARBITRAJE

PÉREZ MORENO decía en 2003 que había que recordar el cuento del rey desnudo para ilustrar la situación carencial en la que se encuentra el Estado de Derecho a consecuencia del desarreglo del Poder Judicial⁵⁹. Las cosas han cambiado sustancialmente desde entonces.

La voz tímida e inocente que un día sugirió la desnudez del monarca ha dado paso a un clamor generalizado del que no se desmarcan ni los directamente responsables de la Administración de Justicia, rendidos como están a la evidencia de que la situación ha llegado a un grado de deterioro si no irreversible, sí difícilmente recuperable. Si el primer paso para lograr la curación es reconocer que se está enfermo, estamos en el camino correcto.

Las fórmulas extrajudiciales de resolución de los conflictos pueden ayudar a descongestionar la Justicia. Sin ser este su objetivo, probablemente como efecto colateral es “resultón” y puede animar a los poderes públicos a tomar cartas en el asunto. Desde los intentos frustrados de elaborar una Ley de Arbitraje de Derecho Público en el año 2001, poco o nada se ha avanzado en este asunto en España. Tímidamente, el arbitraje se ha colado en la esfera pública, casi siempre rodeado de confusión en sus planteamientos y con muy pocas perspectivas

⁵⁹ Cfr. “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, en *La justicia administrativa*, cit., p. 176.

de consolidarse como alternativa a la vía judicial. Ni el legislador de 1999, con la frustrada tentativa del artículo 107.2, ni el de 2003, que renunció a abrir la Ley de Arbitraje al de carácter público, tuvieron los arrestos y la decisión necesaria para ensayar una fórmula que tenía muy buena prensa en ordenamientos bien considerados.

No sería justo cargar la responsabilidad de la situación actual exclusivamente sobre el legislador. La doctrina especializada ha contribuido en gran medida a frenar los avances de la técnica arbitral en el Derecho administrativo. A una actitud de desconfianza que atañe a la constitucionalidad, se añade un notable escepticismo en torno a la virtualidad de la técnica arbitral para contribuir eficazmente a aligerar la carga de los órganos judiciales⁶⁰.

Las ventajas del procedimiento arbitral por contraposición al proceso judicial han sido reiteradamente expuestas por la doctrina⁶¹. Pero no han dejado de alzarse algunas voces que elevan a la categoría de “tópico” alguna de las ideas fuerza sobre las que se ha sustentado tradicionalmente esta técnica extrajudicial de resolución de controversias⁶².

La *rapidez y celeridad* del procedimiento arbitral, frente al lento y tedioso proceso judicial, depende en gran medida de la buena fe de los contendientes. No es el procedimiento arbitral un terreno ajeno a las maniobras dilatorias que obstaculizan el curso normal del procedimiento y, aunque la buena fe se presume siempre, no deja de existir cierta desconfianza en la Administración y en su “voluntad” de encontrar soluciones a los conflictos jurídico-públicos, cuando da tantas muestras de lo contrario en sede administrativa⁶³.

⁶⁰ Vid. una opinión muy fundamentada de R. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos*, cit., pág. 298 y ss. Huergo Lora llama la atención sobre las razones de la desconfianza y el ansia de control del legislador sobre los acuerdos convencionales: “la práctica demuestra que los medios extrajudiciales se utilizan básicamente, en todos los países, para la resolución de grandes asuntos, y especialmente en aquellos casos (inversores internacionales, por ejemplo) en que los “administrados” que se relacionan con la Administración tienen la suficiente capacidad de presión económica como para lograr que ésta renuncie a su fuero propio ... los inversores extranjeros no se fían de la imparcialidad de una jurisdicción que ven demasiado ligada a los intereses nacionales (por tanto, los de la otra parte) o temen las pérdidas derivadas de la tramitación de largos procesos ... La actitud del legislador es, coherentemente, de desconfianza y control frente a estos acuerdos, que pueden ser perjudiciales para los intereses públicos y en todo caso introducen una desigualdad entre los distintos administrados, o de autorización para casos concretos, una vez valorada su conveniencia para los intereses públicos”. Cfr. *op. cit.*, p. 27 y 28. El escepticismo en torno al arbitraje no es exclusivo del ámbito jurídico-público. Puede verse una moderna visión sobre las ventajas e inconvenientes del arbitraje en la obra de R. COLINA GAREA. Al comienzo del estudio se reconoce que “se diría que el denominado sistema arbitral interno o doméstico debe sufrir algún tipo de enfermedad que le impide desarrollarse y crecer con toda normalidad, al mismo ritmo que lo hace en otros países de nuestro entorno, no necesariamente pertenecientes al *commom law*”. Cfr. *op. cit.*, p. 24.

⁶¹ Vid. *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Coord.: R. BERCOVITZ), Tecnos, Madrid, 1991; y un actual análisis de la cuestión en R. Colina Garea, *op. cit.*, p. 31 y ss.

⁶² Vid. una exposición completa en R. Colina Garea, *op. cit.*, p. 67 y ss. Utilizo para este análisis los ítems o epígrafes que analiza el autor, pero los comentarios que le siguen no son necesariamente compartidos por él.

⁶³ J. López Medel reflexiona sobre los “otros modos de terminación del proceso” previstos en la Ley Jurisdiccional en su obra *La elaboración parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, 2001, p. 123, y en sus palabras se entrevé perfectamente la idea que quiero expresar, por lo que las tomo prestadas: “Apena a veces contemplar cómo, pese a la carencia absoluta de argumentos, se mantienen por letrados persistentes procesos que están abocados al fracaso e, igualmente, entristece observar cómo a veces la Administración insiste en mantener posiciones que ya los órganos

La *flexibilidad y agilidad* procedimental, frente al rigor del formalismo procesal, corre el riesgo de convertirse en una disminución de garantías, sobre todo si se extienden a la propuesta de regulación *de lege ferenda* del arbitraje de Derecho público las tendencias más actuales materializadas ya en el Derecho privado para transformar en facultad de las partes la protocolización del laudo o para hacer desaparecer la obligación de proceder a su notificación de forma “fehaciente”, como se ha recogido recientemente en la modificación de la Ley 60/2003.

La *economía y menor onerosidad* que puede predicarse del arbitraje con carácter general⁶⁴ no es extensible al arbitraje de Derecho público propuesto en las páginas precedentes⁶⁵. Por un lado, se propone un arbitraje de derecho y asumido por árbitros especialistas en lo contencioso-administrativo, que percibirán de las partes, a diferencia de los miembros de la Magistratura, emolumentos, razonablemente proporcionados a su nivel de formación y especialización⁶⁶; por otro lado, si los contendientes aspiran a presentarse con igualdad de armas, es más que razonable pensar que los afectados actuarán asistidos de abogado, ya que también lo hará así imperativamente la Administración.

La *confidencialidad y privacidad* que se enaltece en los procedimientos arbitrales frente a la publicidad de las contiendas judiciales, se erige, respecto a las controversias jurídico-

jurisdiccionales han resuelto con firmeza y que en ocasiones suponen condena en costas a la Administración que lógicamente son pagadas con los impuestos que pagamos todos los ciudadanos. Una cosa es que la Administración represente los intereses generales y otra la persistencia en defender argumentos no ya forzados sino a veces insostenibles”. M.J. Montoro Chiner hace hincapié en la idea de que “la aceptación de los instrumentos de resolución de conflictos pasa previamente por la transformación de la actitud de la Administración en sus relaciones con los particulares, por la admisión de posiciones dialogantes, ágiles y cooperativas en el camino conjunto hacia la búsqueda del interés general”; y se muestra optimista al respecto: “Esta tendencia ha empezado a calar ya en los cimientos del Derecho Administrativo, en parte por la confluencia pública y privada en la determinación del interés general que la Constitución propicia, y en parte por la actitud de los particulares, cada vez más dispuestos a aceptar la idea de cooperación y colaboración en lo público, muestra del compromiso individual y la responsabilidad ante el Estado de Derecho”. *Cfr.* “Técnicas...”, *cit.*, p. 47.

⁶⁴ No es una cuestión unánime entre la doctrina. Hay incluso autores que destacan entre las grandes desventajas del sistema arbitral su mayor onerosidad en comparación con el proceso judicial. *Vid.* un análisis de este aspecto en el arbitraje privado en R. Colina Garea, *op. cit.*, p. 77 y ss.

⁶⁵ Sobre la supuesta economicidad del sistema arbitral manifiesta sus dudas Trayter, “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *RAP* N° 143, 1997, p. 77: “este argumento resulta más que discutible aplicado al ámbito administrativo, pues frente a la gratuidad del recurso administrativo ordinario, el arbitraje comporta un coste”; y señala, a pie de página, las tarifas exigidas por los gastos de los árbitros y los gastos administrativos en algunas cortes arbitrales. En cualquier caso, y también lo señala el autor, no puede perderse de vista que el arbitraje sustituye, de forma parcial, al recurso contencioso-administrativo, y es desde esta perspectiva desde la que puede predicarse el factor económico a favor de los sistemas arbitrales. En el mismo sentido, M. Sánchez Morón, para quien “el arbitraje ... suele ser una justicia cara”, aunque hace extensivo el comentario al arbitraje de Derecho privado. *Cfr.* *Derecho administrativo...*, *cit.*, p. 841.

⁶⁶ R. Rivero Ortega destaca los “costes de instalación y funcionamiento que deben meditar, y la selección y formación de árbitros realmente neutrales, especialistas y profesionales revestidos de independencia” que “puede ser tan costosa como la selección de los Jueces”. *Cfr.* “Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración”, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Coord.: F. Sosa Wagner), Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2497.

públicas, en uno de sus principales inconvenientes, hasta el punto de condicionarse la admisibilidad de la técnica a la publicidad de los laudos⁶⁷.

La *mitigación de la hostilidad* que suele caracterizar el comportamiento de las partes en un juicio es, tal vez, la característica del procedimiento arbitral que se topa con menos resistencias. La cultura del acuerdo favorece la buena marcha de los acontecimientos, aligera de carga emocional la contienda y facilita las relaciones entre las partes contendientes⁶⁸. Si esta actitud ante el conflicto llega algún día a ser predicable de los conflictos jurídico-públicos se habrá logrado un interesante objetivo, que algún autor ha calificado de “factor democratizador” de la actividad administrativa⁶⁹.

La *especialización* de los árbitros, que con tanto énfasis proclaman los defensores del arbitraje porque facilita la resolución de conflictos de especial complejidad⁷⁰, no es un elemento decisivo en un sistema judicial como el español, que cuenta con una Jurisdicción especializada para los asuntos contencioso-administrativos. No deben, por lo demás, extrapolarse al debate sobre el arbitraje consideraciones sobre la formación de jueces y magistrados que, con ser un elemento definitivo para el éxito del sistema judicial, no debe decantar la balanza a favor del arbitraje sino obligar a repensar el modelo de acceso a la judicatura y el devenir de la propia carrera judicial⁷¹.

⁶⁷ Con mucha dudas, la doctrina considera que la ausencia de publicidad puede llegar a ser una ventaja en el marco de las relaciones comerciales o familiares (por ejemplo, permite no dar publicidad a patentes, secretos profesionales o comerciales o a técnicas de fabricación; o en el ámbito familiar permite dirimir conflictos sin exteriorizar interioridades que pertenecen al ámbito de intimidad). *Vid.* R. Colina Garea, *op. cit.*, p. 39. *Vid.* una opinión muy crítica en Bustillo Bolado, *op. cit.*, p. 465.

⁶⁸ Critica Colina Garea el hecho de que se esté atribuyendo al arbitraje una de las bondades características de la mediación o la conciliación cuando es, en realidad, un medio dialéctico de resolución de conflictos en el que hay dualidad de posiciones, confrontación de intereses y enfrentamiento entre las partes, con vencedores y vencidos. *Cfr. op. cit.*, p. 86.

⁶⁹ Se refiere Trayter, expresivamente, al factor democratizador de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica, que inaugura un nuevo sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos que la doctrina francesa denomina “táctica de la seducción”. *Cfr. op. cit.*, p. 77.

⁷⁰ “El triunfo del arbitraje representa el fracaso de los jueces y el éxito de los peritos”. Con estas palabras se defiende la técnica arbitral en la obra de J. Caupers, “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, número 18, 1999, p. 7.

⁷¹ La Ley Jurisdiccional de 1998 ha supuesto un paso adelante en la consecución de las aspiraciones del Estado de Derecho proclamado en la Constitución. La ampliación de pretensiones, la justicia cautelar o la reducción a mínimos de obstáculos formales en el proceso contencioso-administrativo son buenas muestras de ello. Pese a todo, es tarea pendiente la mejora de la calidad y del servicio que el ciudadano reclama de la Administración de Justicia. La duración de los procesos y la calidad de las resoluciones judiciales son los mejores ejemplos. Será cuestión de agilizar el proceso, sin merma de garantías esenciales, de medios propios del siglo XXI y de más personal. Pero de poco servirían las reformas si no se cuenta con jueces preparados. “Mientras que una judicatura especializada puede administrar una justicia impecable con instrumentos procesales deficientes, unos jueces ineptos, aun rodeados de las máximas garantías de independencia, serán incapaces de satisfacer las demandas de Justicia de los ciudadanos frente a las arbitrariedades de unas Administraciones Públicas cada día más complejas y tecnificadas”, decía González Pérez en el Paraninfo de la Universidad de A Coruña a propósito de unas *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. *Cfr. Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (Coord. M. García Pérez), Ed. Universidade da Coruña, 1998. Por eso cuidar la formación de los magistrados debería ser preocupación principal de los poderes públicos, no sólo para lograr la calidad de la justicia, sobre todo en materias muchas veces de alta espe-

Las reflexiones anteriores deberían atemperar el entusiasmo desbordante de quienes ven en el arbitraje el remedio definitivo a la crisis actual de la justicia. Pero no pueden ser un freno excesivo que impida buscar fórmulas novedosas e imaginativas que no plantean dificultades insalvables en el Derecho público. En cualquier caso, la apuesta definitiva por la técnica arbitral en las relaciones jurídico-públicas exige un esfuerzo conjunto de todos los poderes públicos, copartícipes necesarios de una imprescindible iniciativa legislativa⁷², de una iniciativa institucional encaminada a crear un cuerpo de árbitros especializados y, sin duda, una iniciativa formativa, porque la cultura del arbitraje no se implanta con la simple aprobación de un cuerpo normativo, aunque se acompañe en la práctica de un colectivo formado y prestigioso de árbitros. En este sentido, es necesario enviar un mensaje claro a los operadores jurídicos, a los ciudadanos e incluso a la magistratura de que el arbitraje es, no sólo posible en términos de constitucionalidad, sino conveniente ante la situación actual de la justicia y muy beneficioso para la satisfacción de los intereses públicos y privados. DELGADO PIQUERAS nos ha hecho llegar una buena muestra del empeño de los creadores de la *Administrative Dispute Resolution Act* en los EEUU por promover el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos, haciendo llegar a las agencias, los jueces y el público en general un mensaje positivo: “*ADR is OK*”⁷³.

La toma de conciencia debe llegar con la participación de la doctrina administrativista. Es preciso favorecer los foros de debate, los encuentros con técnicos y especialistas, los proyectos de investigación básica sobre la materia... En definitiva, hay que poner el conocimien-

cialización, sino y principalmente para aumentar la confianza de los ciudadanos en el Estado de Derecho. *Vid.* Meilan Gil, “La Jurisdicción contencioso-administrativa y la Constitución española de 1978”, en *Jornadas de Estudio, cit.*, p. 30.

⁷² En España, debe ponerse en marcha el engranaje de producción normativa, porque son varias las tareas pendientes si se pretende implantar un sistema de arbitraje jurídico-público en condiciones.

En primer lugar, es necesario o, al menos conveniente, aprobar una ley general de arbitraje de Derecho público que dé certeza a las relaciones jurídicas y seguridad a los operadores públicos y privados. No se descarta la opción de modificar la Ley de Arbitraje vigente, siempre y cuando se acompañe de las necesarias adaptaciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para solventar las dificultades que pueda plantear la articulación procesal de la técnica arbitral.

En segundo lugar, resulta imprescindible revisar la regulación existente del arbitraje, con la finalidad doble de clarificar el adecuado uso de la técnica y de adaptar las exigencias que establece el ordenamiento jurídico a una nueva versión del arbitraje más novedosa, imaginativa y ambiciosa. En este sentido, hay que valorar las condiciones de la Ley General Presupuestaria, en el sentido de rebajar el grado de exigencia -respecto a la necesidad de un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, con dictamen del Consejo de Estado en pleno- a sus límites adecuados para lograr la máxima funcionalidad de la fórmula arbitral. Del mismo modo, es necesario acometer reformas en la Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas para explotar al máximo las posibilidades del arbitraje en materias contractuales y patrimoniales, sobre las que hay un elevado nivel de aceptación. Finalmente, es posible explorar nuevos campos de acción ya sugeridos por la doctrina pero vacíos, hasta el momento, de fórmulas claras y precisas de arbitraje. El campo del derecho urbanístico, de la expropiación forzosa, de la responsabilidad patrimonial de la Administración o de la función pública está por explotar y puede ser el momento de hacerlo.

⁷³ La *ADR Act* contiene instrucciones concretas a las agencias de cómo han de poner en marcha la Ley. En esta dirección, y junto a otras medidas, ordena a las agencias elaborar y promulgar un programa dirigido a la implantación de los ADR en su actividad ordinaria, designar un alto funcionario como especialista ADR y encargado del seguimiento de dicho programa, dar la oportuna formación a sus funcionarios y revisar los procedimientos de contratación y concesión de subsidios y ayudas para incluir expresamente estos medios en los mismos. *Cfr.* Delgado Piqueras, *op. cit.*, p. 564.

to y la ciencia al servicio de los intereses generales, y en esta faceta los universitarios debemos jugar un importante papel. Porque probablemente sea entre nuestros estudiantes de Derecho donde pueda comenzar a germinar la cultura arbitral.