

EL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. UNA REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO PÚBLICO¹

MARTA GARCÍA PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidade da Coruña

1. Introducción

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 técnica².

¹ Este trabajo forma parte de un análisis más completo sobre *Arbitraje y Derecho Administrativo* recientemente publicado por la Editorial Thomson-Aranzadi (2011)

² Es la opinión de BUSTILLO BOLADO, entre otros, quien concluye que la respuesta a la admisibilidad constitucional del sometimiento de las Administraciones Públicas a arbitraje dista de ofrecer una solución apodíctica. 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. Cfr. *Convenios y contratos administrativos*:

La tarea debe comenzar por la propia Constitución y, en particular, por dos artículos muy “especiales”, 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, 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 Gil³, L. Martín-Retortillo⁴ y Díez-Picazo⁵. 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 privatos*. 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. Pero estos mismos argumentos, como se verá en las páginas siguientes, son más endebles cuando lo que se pretende es utilizar la técnica arbitral en las relaciones jurídico-públicas. Entre otras razones porque la libertad y la autonomía de la voluntad no son fácilmente predicables de la Administración Pública.

transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento, Aranzadi, 2001, pág. 298 y ss. La idea se repite en la 3ª ed. de su libro, 2010.

³ Cfr. MEILÁN GIL, “El objeto del proceso contencioso-administrativo”, en *El proceso contencioso-administrativo*, EGAP, 1994, pág. 33.

⁴ Cfr. “El Derecho fundamental al proceso debido”, *Derecho administrativo de nuestro tiempo*, Civitas, 2ª ed., 2010, pág. 173, reproduciendo el “Prólogo” al libro de BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992.: “Permítaseme 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 dudar, 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”.

⁵ Cfr. “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial*, núm. 5, 1987, pág. 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...”.

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 Ejecutivo⁶. En la tesis de la reserva jurisdiccional encuentro 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 en los ordenamientos jurídicos continentales. 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 casos⁷. 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.

⁶ *La reserva de jurisdicción* es, precisamente, el título de una de sus monografías editada por La ley, 1989.

⁷ “Determinar cuáles son las materias que constituyen la reserva de jurisdicción es, desde luego, un ejercicio complejo, dada la necesidad de operar con conceptos generales en un asunto en el que, como prueba la técnica de la reserva material de ley, es preciso operar caso por caso... de dos maneras fundamentales pueden ser contempladas las interferencias entre el Poder Legislativo y el Judicial a efectos de evitarlas. La primera forma de preservación de la jurisdicción es el establecimiento de una reserva de ley en todo lo que concierne a la organización, funcionamiento, competencias, régimen de personal y responsabilidades de los jueces ... La segunda forma de controlar las inmisiones del legislador se refiere a la prohibición de que la ley asuma directamente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que es el *Kernbereich* o núcleo típico de la función jurisdiccional. Al contrario de lo que ocurre con la reserva de ley, no existe en este caso una predeterminación constitucional de las materias en las que no puede entrar el legislador, por estar reservadas a la jurisdicción. La determinación de estos supuestos ... tiene que hacerse no con carácter general sino, todo lo más, concretando supuestos específicos en que determinadas operaciones legales rompen el *Kernbereich* de la función jurisdiccional, arrebatándole su ejercicio a los jueces...”. Cfr. op. cit., págs. 31 y ss.

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 parte⁸.

2. Consideraciones generales sobre el arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

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 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 Constitución⁹. 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”¹⁰. Es cierto que se afirma que su función es *para-jurisdiccional* o *cuasi-jurisdiccional* pero en ese “casi”, precisamente, está el *quid* de la

⁸ 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 BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Civitas, 2006, págs. 41 y ss.

⁹ “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).

¹⁰ 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).

cuestión¹¹. Efectivamente –dice el TC–, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder¹². 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).

Las diferencias señaladas permiten entender, por ejemplo, que el árbitro no pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales¹³, que tampoco esté legitimado para formular cuestiones

¹¹ El TC 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).

¹² 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).

¹³ Artículo 163 CE. Vid. en este sentido el ATC 259/1993, de 20 de julio. Vid. una opinión crítica en CORDÓN MORENO, *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Cuadernos Civitas, 2010, pág. 116 y ss.: “... me parece que existen razones para una respuesta afirmativa si se elevan a primer plano, como creo que debe hacerse, los referidos *efectos jurisdiccionales del arbitraje*”. En sentido similar, MERINO MERCHÁN, *El equivalente jurisdiccional en el Derecho Público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 74; MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, 2006, págs. 795 y ss. Vid. una argumentada posición en FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO, en su obra *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 70: “... parece que la regulación constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad y la doctrina del Tribunal Constitucional avalan la tesis negativa, y constituyen suficientes obstáculos al reconocimiento de legitimación a los árbitros para plantear cuestiones de inconstitucionalidad. Y, en todo caso, las dudas sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso pueden ser resueltas por el Tribunal Constitucional si se plantean en el seno de otros procesos, sustanciados ante el juez administrativo, dado el carácter voluntario del arbitraje, o si en el control posterior al laudo

prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser un órgano jurisdiccional¹⁴, o que el Tribunal Constitucional no pueda enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado con ocasión de un recurso de amparo, por exigir la Constitución y la Ley orgánica del Tribunal Constitucional que la vulneración de los derechos fundamentales se haya sustanciado ante órganos judiciales¹⁵.

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 jurisprudencia o jurisprudentes 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, esa *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*

se prevé la posibilidad de que el órgano judicial pueda examinar las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley aplicable al caso y, en su caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad”.

¹⁴ Artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La sentencia de 23 de marzo de 1982, caso *Nordsee* declaró, efectivamente, que un tribunal arbitral convencional no constituye un “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro en el sentido del artículo 234 del Tratado, dado que las partes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y que las autoridades públicas del Estado miembro no están implicadas en la elección de la vía arbitral y o pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros; todo ello sin perjuicio de que pueda plantear la cuestión el juez o tribunal que hubiese de conocer el recurso de anulación contra el laudo. Vid. un comentario más extenso de esta cuestión en FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO, *El arbitraje*, op. cit., págs. 72-73, en particular el análisis de otra sentencia relevante, de 1 de junio de 1999, caso *Hoge Raad der Nederlanden*.

¹⁵ Artículo 53.2 de la Constitución en relación con los artículos 41 y siguientes de la LOTC. Vid. al respecto la STC13/1997, de 27 de enero, F.J. 2, y el ATC 701/1988, de 6 de junio (F.J. 1). Vid. sobre estas cuestiones la opinión crítica de los magistrados FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO, *El arbitraje*, op. cit., págs. 66 y ss. Una opinión crítica puede leerse en HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, “Título I. Disposiciones Generales”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, 2006 (coords. DE MARTÍN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO), págs. 49 y ss.

Magistrados la función de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*¹⁶. El árbitro no ejerce funciones jurisdiccionales, aunque el laudo sea cuasi-jurisdiccional, ni puede hacer ejecutar lo juzgado, porque carece de *imperium*.

Resuelto el escollo del artículo 117 de la Constitución, el Tribunal Constitucional se ha referido a la compatibilidad de la técnica arbitral con el artículo 24.1 del texto constitucional, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, minimizando los argumentos de quienes sostienen que el arbitraje supone una renuncia a un derecho fundamental no admisible en el esquema constitucional¹⁷. En esta ocasión el principio de libertad es el eje de la argumentación jurídica y, otra vez, la naturaleza jurídica del arbitraje condiciona el resultado final.

El *principio de libertad* es, en palabras del Tribunal Constitucional, fundamento y motor del arbitraje. Al propio tiempo, es la razón de su constitucionalidad¹⁸. 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 volunta 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 derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos*” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4).

En coherencia con lo expuesto, el TC ha declarado inconstitucional, por contrario al artículo 24.1 de la CE, el establecimiento de sistema de arbitraje imperativo, como el recogido en el artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Esta norma creó las Juntas Arbitrales en el seno de la Administración cuya principal función era decidir las controversias surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestres y de las actividades auxiliares y complementarias del

¹⁶ 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, pág. 19.

¹⁷ Entre ellos, CALVO CORBELLA, “La solución de conflictos mediante el arbitraje y la tutela judicial de derechos”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, V. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 59 y ss.

¹⁸ 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.

transporte por carretera. Pues bien, en asuntos de menor cuantía, el convenio arbitral se sustituía por un arbitraje obligatorio que solo podía eludirse mediante *pacto expreso en contrario*¹⁹. El TC consideró que la exigencia de pacto en contrario para evitar el sometimiento a arbitraje constituía “un impedimento para el acceso a la tutela judicial efectiva contrario al derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”:

“La *autonomía de la voluntad* de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, *resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje* ... La primera nota del derecho a la tutela consiste en la *libre facultad* que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. *Quebranta, pues, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella*. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que *al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución*” (STC 174/1995, de 23 de noviembre, F.J. 3)²⁰.

En 1996 se dio una nueva redacción al precepto²¹ y se estableció que “se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado”²². La exigencia de pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial se sustituía por una *presunción de acuerdo de sometimiento a arbitraje* que podía desmontarse por la voluntad expresa de cualquiera de las partes. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse a propósito del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona y el precepto salió airoso del test de constitucionalidad:

“Así las cosas, hemos de examinar ahora si el efecto que el legislador atribuye al silencio de las partes —aplicabilidad del arbitraje— está constitucionalmente justificado.

¹⁹ Artículo 38.2: “Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes *someterán* a arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, *salvo pacto expreso en contrario*”.

²⁰ Vid. extensamente MATEO TEJEDOR, *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Marcial Pons, 1998, págs. 33 y ss.

²¹ Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

²² En la versión en vigor, 6.000 euros, *ex* Ley 29/2003, de 8 de octubre, de mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado del transporte por carretera.

Hemos declarado reiteradamente que “el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, “por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial”. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, imponiendo para su ejercicio —como declaramos en la STC 185/1987— obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito” (STC 174/1995, F. 3).

Y a este respecto, hemos de señalar, siguiendo la doctrina de la STC 174/1995 que:

a) El precepto en su nuevo texto sigue respondiendo a la “*plausible finalidad de fomentar el arbitraje* como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía” (F. 3).

b) Igualmente la redacción aquí cuestionada permite también afirmar: “*nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción ope legis de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía*” (F. 3).

Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada —sometimiento al arbitraje—, *en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada*. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento “en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada” que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación comercial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos.

No se aprecia, pues, la vulneración del art. 24.1 CE en relación con el art. 117.3 CE que se atribuye al precepto cuestionado” (F.J. 4).

Las dudas sobre la constitucionalidad del arbitraje no se agotan en su efecto de *renuncia a la vía judicial para resolver el conflicto* sino que se extienden a la *fuerza de cosa juzgada del laudo arbitral*. Una vez resuelta la controversia por el árbitro, su decisión no puede ser ignorada ni discutida, salvo por las causas tasadas y a través del recurso de nulidad previsto en la legislación de arbitraje. Efectivamente, las sucesivas leyes de arbitraje, en coherencia con su naturaleza de “equivalente jurisdiccional”, han venido reconociendo al laudo el efecto de cosa juzgada y limitando su ulterior revisión jurisdiccional a causas tasadas de nulidad, que impiden que los Tribunales de Justicia puedan pronunciarse sobre el fondo del asunto previamente debatido en el proceso arbitral. No puede, tampoco ante esta circunstancia, declararse la vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE:

“Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que *el acceso a la jurisdicción (pero no su “equivalente jurisdiccional” arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral*. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un *derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal* (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4)²³.

La doctrina constitucional permite dar un paso más en el estudio del arbitraje, una vez comprobada la solidez de la afirmación con la que se iniciaba este análisis: 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.

3. Las dificultades del arbitraje referido a relaciones jurídico-públicas: los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución

La doctrina administrativista no ha obviado las dificultades que plantea la utilización de la técnica arbitral cuando se contempla bajo el rasero de constitu-

²³ La STC 288/1993, de 4 de octubre, alude a esta naturaleza prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva declarando que “la tutela judicial ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del art. 24 de la Constitución, haya querido articular, por lo que solo en la medida en que se respeten íntegramente aquellos cauces darán los Jueces cabal cumplimiento a lo que el citado precepto constitucional dispone” (F.J. 2).

cionalidad del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) y el principio de reserva de jurisdicción (artículo 117.3) y no ha dudado en extender las consideraciones realizadas por los expertos *ius privatistas* y el propio Tribunal Constitucional al ámbito jurídico-público²⁴.

A mayores, la proyección de la técnica arbitral sobre las relaciones jurídico-públicas trae consigo nuevos dilemas constitucionales y obliga a plantearse la viabilidad de la técnica en un terreno diferente. Será preciso contrastar los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional sobre el arbitraje *inter privatos* con las peculiaridades de las relaciones jurídico-públicas en las que la presencia del interés general introduce elementos nuevos para la reflexión. Por ejemplo, la dudosa presencia de autonomía de la voluntad y la ausencia de libertad en el actuar administrativo ponen en riesgo uno de los elementos estructurales del arbitraje, la libertad²⁵, que es para el Tribunal Constitucional, como se dijo, su motor y su fundamento²⁶.

Pero, y en especial, la singularidad del arbitraje en las controversias jurídico-públicas radica en las dificultades que pueda plantear su aceptación a la vista de lo dispuesto en los artículos 103.1 y 106.1 CE²⁷. El primero, 103.1, establece

²⁴ Para un importante sector doctrinal, la mayor dificultad para admitir el arbitraje de Derecho público lo representan el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y la atribución, en exclusiva, a los Jueces y Magistrados del ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y ejecutando lo juzgado (artículo 117.3 CE). Pero no es un obstáculo insalvable, como defiende Parejo Alfonso con argumentos interesantes, coincidentes, en parte, con los expuestos páginas atrás. Cfr. PAREJO ALFONSO, “Algunas reflexiones sobre el “arbitraje administrativo” a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad Autónoma de Madrid”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 1, 1999, pág. 20 y ss. Vid. también las reflexiones de HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, pág. 165 y ss.

²⁵ En este sentido PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, 2010, 3ª ed., pág. 571: “No hay en la Administración Pública verdadera autonomía de la voluntad. Su actuación y, por tanto, su voluntad son siempre, por definición, “programadas” normativamente, por más que el programa pueda ser escueto y flexible, otorgando un muy amplio margen de maniobra. Y ello, porque los fines de esa actuación le vienen dados siempre y en cualquier caso desde “fuera” de sí misma, debiendo justificarse necesariamente en ellos”. La tesis excluye el arbitraje en el ámbito de las potestades regladas, en que la actuación administrativa viene predeterminada por la norma jurídica de modo taxativo, completo y preciso, pero existe al menos un campo de la actividad administrativa en que podría justificarse el arbitraje, como luego se argumentará, porque en él la Administración tiene un margen de decisión suficiente.

²⁶ En palabras de PAREJO ALFONSO, “la técnica arbitral resulta más que problemática en Derecho administrativo, pues —como señala M. Cambournac— las nociones de arbitraje y Derecho administrativo se repelen entre sí, como lo hacen el agua y el fuego. La expresión es quizás exagerada, pero expresiva e indicativa, en todo caso, de las dificultades que encuentra el arbitraje en el campo del Derecho administrativo (terreno no precisamente abonado para ella), anunciando, así, su juego en todo caso con carácter necesariamente limitado y restringido”. Cfr. “Algunas reflexiones”, op. cit., pág. 19.

²⁷ La tesis no es mía. Entre otros se manifiesta en este sentido BUSTILLO BOLADO: “la constitucionalidad del arbitraje a la luz del artículo 24 de la Constitución es asignatura superada

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 administrativista, 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 legislador en todo caso, y de ahí las cautelas de los artículos 39 LGP y 40 LPE²⁸. 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”²⁹.

Bustillo Bolado 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

por el Tribunal Constitucional hace ya tiempo. El estudio de la admisibilidad del arbitraje a la vista de los artículos 103.1 y –sobre todo– 106.1 es tarea que queda por cumplir”. Cfr. op. cit., pág. 306.

²⁸ Vid. *infra* una referencia a estos preceptos, en su versión vigente.

²⁹ Vid. un estudio de estos preceptos en GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, op. cit.

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. Por tanto, el arbitraje sería perfectamente posible siempre y cuando se encontrara entre los medios legalmente dispuestos al alcance de la Administración³⁰.

La posible vulneración del artículo 106.1 plantea a Bustillo más dificultades. El artículo 106.1 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 –se pregunta– 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? Bustillo utiliza muy hábilmente la jurisprudencia constitucional para dar soporte a la posible constitucionalidad del sometimiento al arbitraje de las Administraciones Públicas; y sus argumentos son, a mi parecer, muy convincentes. Señala, al efecto, la STC 34/1995, de 6 de febrero, resolutoria de un recurso de amparo por presunta violación del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la discrecionalidad técnica de comisiones administrativas examinadoras, en la que el TC, tras hacer breve referencia a los artículos 1, 9 y 103.1 de la Constitución, concluye:

“Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el artículo 106.1 CE, es claro que, del conjunto que se acaba de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en la que, *salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes* –que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal–, no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia. Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que se ha ocupado de mantener que si bien *la Constitución no ha definido cuáles han de ser “los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional”*, sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos “han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas”.

De esta construcción podrían derivarse, para Bustillo, dos vías excluyentes que quizá sirvieran de soporte a la constitucionalidad del arbitraje en asuntos jurídico-públicos. La primera, considerar el arbitraje una “exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes”. Estoy de acuerdo y, particularmente, con la motivación que podría justificar que una ley dispusiese el arbitraje como

³⁰ Cfr. BUSTILLO BOLADO, op. cit., pág. 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., págs. 303 y 308 y ss.

método alternativo a la Justicia ordinaria: el riesgo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso sin dilaciones indebidas (ambos en el artículo 24 de la Constitución) provocada por los monumentales retrasos acumulados en la Jurisdicción Contencioso-administrativa³¹. La segunda vía que se podría explorar en la sentencia pasaría por una interpretación amplia del artículo 106.1 e integrar el arbitraje entre los *instrumentos procesales de control* que la Constitución no define. Esta tesis sólo podría defenderse con una interpretación jurisdiccionalista del arbitraje que no parece correcta. El artículo 106.1 de la Constitución, al referirse al control por los Tribunales (con mayúscula), se refiere 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 Constitución³².

Esta es, a mi juicio, la forma correcta de entender el artículo 106.1 para sopesar la utilización de la técnica arbitral en las relaciones jurídico-públicas. 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 administrativos, bajo la premisa de que juzgar a la Administración era también administrar³³. 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 jurisdiccionalización³⁴.

³¹ No faltan autores que buscan la motivación en el principio de eficacia (artículo 103.1). Bustillo no acepta esta fórmula porque “la eficacia de la Administración difícilmente puede justificar una alteración o excepción a la regla general de control judicial de la actividad administrativa”. Cfr. op. cit., pág. 304.

³² 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 apodíctica. 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.

³³ “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”.

³⁴ 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 GARCÍA DE ENTERRÍA, “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción

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 laudo³⁵.

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 virgen– es 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–

contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un *status* de jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, 2009, págs. 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.

³⁵ Este es el límite que establece Parejo Alfonso a la admisión misma del arbitraje en Derecho administrativo: “nada se opone a la sustracción del control judicial por un “equivalente”, concretamente jurisdiccional arbitral, eso sí, siempre que tal alternativa no signifique exclusión total de un control judicial último”. Cfr. *Derecho administrativo*, op. cit., págs. 572-573.

debe aclararse: propicio por su efecto “descongestionante” de la Jurisdicción contencioso-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 expresión³⁶.

³⁶ ROSA MORENO reprocha la ausencia de “avances imaginativos” en esta materia, frenados por los problemas de constitucionalidad de la fórmula arbitral. Avances que permitirían “su mayor operatividad, así como aplicar un poco más de sentido común a las relaciones Administración-ciudadano”. Para el autor, la Constitución, aunque no contemple estas fórmulas, tampoco las excluye y desde la doctrina debe ayudarse a la labor de nuestros tribunales en este sentido. Los comentarios transcritos se extraen de su comentario al “Artículo 31”, en la obra colectiva *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, MESTRE DELGADO (dir.), La Ley, 2ª ed., 2010, pág. 390.