



HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO PÚBLICO

I.	Arbitraje y Administraciones Públicas.....	1
II.	El mito de la incapacidad del Estado para someterse a arbitraje	3
III.	El arbitraje de derecho administrativo en Europa y América Latina.....	6
IV.	Ámbitos en que puede introducirse el convenio arbitral.....	10
V.	Proyecto de Iniciativa legislativa que podría adoptarse	12

I. Arbitraje y Administraciones Públicas¹

Dada la imparable expansión que está tomando el arbitraje en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico como sistema garantista y eficaz de solución de conflictos, el Club Español del Arbitraje se ha preguntado sobre la conveniencia de que pueda ser reconocido también como instrumento válido para resolver determinadas controversias que se presentan entre las Administraciones públicas y los particulares, cuando las primeras no actúan investidas *iure imperii*.

Tradicionalmente, las llamadas técnicas de *mediación, conciliación y arbitraje* han estado arrinconadas y observadas con cierta prevención, cuando no proscritas, por los poderes públicos, y su reconocimiento por el legislador ha sido siempre excepcional.

Sin embargo, la nueva realidad social y económica en la actividad relacional entre los operadores jurídicos y la Administración pública exige un replanteamiento riguroso de la tradicional interdicción del arbitraje en la esfera del Derecho público, deslindando los actos administrativos dictados *iure imperii* de los *iure gestionis*.

Se ha esgrimido, para fundamentar la interdicción del arbitraje en el ámbito del Derecho público, que la Administración tiene encomendada la gestión de intereses generales, que actúa investida de potestades públicas sometidas al principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE) y que solo los tribunales controlan esas potestades y la legalidad de su actuación (art. 106.1 CE). Se ha mantenido también que la jurisdicción contencioso-administrativa es uno de los pilares del Derecho administrativo, y siendo esto cierto, no lo es menos que dicha jurisdicción no es un fin en sí mismo, y sí lo es en cambio el principio de legalidad que se alza como condición o presupuesto de la existencia misma del Estado de Derecho; pues bien, dicho principio de legalidad vincula también al árbitro de Derecho y así lo ha previsto el legislador nacional e internacional.

Nuestro enfoque sobre la arbitrabilidad de la actividad de la Administración en determinados ámbitos no choca ni pugna con los preceptos constitucionales más atrás citados, pues ni se cuestiona el carácter inderogable de las potestades públicas, insusceptibles de arbitraje, ni se trata de huir del principio de legalidad, sino precisamente de someterse al mismo por vía del arbitraje de derecho. Estamos planteando la conveniencia cuando no la necesidad de que en ciertas actividades relacio-

¹ El presente trabajo refleja las conclusiones alcanzadas en el seno de una Comisión del Club Español del Arbitraje integrada por José Fernando Merino, Juan Carlos Calvo, Jesús Remón, Juan Serrada y Antonio Hierro, actuando este último como presidente.

nales entre la Administración y los particulares se pueda acudir al arbitraje cuando el objeto controvertido es estrictamente patrimonial o de contenido negocial. Y ello bajo la garantía de un arbitraje de derecho para preservar el principio constitucional de legalidad y del control efectivo de la manera prevista por la Ley de Arbitraje.

No puede olvidarse que el arbitraje es un instituto de rancio abolengo histórico, reconocido por el legislador interno e internacional como instrumento idóneo para la resolución de conflictos tanto nacionales como internacionales; por ello, el Tribunal Constitucional le ha otorgado el carácter de *equivalente jurisdiccional* (por todas, en SSTC 43/1988, 15/1989, 62/1991, 174/1995). Es decir, según la doctrina del Supremo interprete de la Constitución, el arbitraje constituye *una actividad sustitutiva de la función jurisdiccional* y, en este sentido, tanto el juez del Estado como el árbitro son constitucionalmente copartícipes de la administración de justicia, en cumplimiento de los arts. 1.1, 9.2 y 17.1 CE, sin que resulte inmune el laudo que se dicte en arbitraje de derecho a la fiscalización por el Estado de Derecho.

Ante la crisis sin paliativos del sistema procesal del Estado, particularmente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el arbitraje debe tener entrada sin ningún tipo de complejo en el seno del Derecho administrativo, reducto que, como hemos dicho, hasta ahora ha resultado casi impenetrable para esa institución. Bien es cierto que el legislador español tuvo un momento de lucidez, aunque sin efectos prácticos, cuando introdujo en la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/99 (art. 107.2), lo siguiente: *“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.*

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado...”

Este precepto se incluye con idéntica redacción en el Artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que deroga la Ley 30/1992. Pero nótese que no solamente este precepto no ha sido desarrollado, sino que su dominio queda reducido al ámbito estrictamente administrativo, sin excluir ni sustituir, en consecuencia, la acción de la jurisdicción contencioso-administrativa. O, dicho de otra forma, solo los recursos administrativos y bajo determinadas circunstancias, podrían ser sustituidos por el arbitraje, pero no el

proceso contencioso-administrativo.

Lo que aquí se pretende, en cambio, es reivindicar que el arbitraje pueda ser una vía alternativa a la jurisdiccional. Para ello debe resaltarse que el arbitraje no constituye una privatización de la justicia, ni un modelo de justicia privada, sino un instituto reconocido universalmente y recepcionado por las legislaciones nacionales e internacionales, propio de los países más avanzados económica y democráticamente, fuertemente arraigado en el incuestionable postulado de la libertad y cuya finalidad es resolver controversias sobre materias disponibles con las mismas garantías procesales que los jueces y tribunales y cuyo laudo ha de ser siempre motivado como garantía del justiciable.

II. El mito de la incapacidad del Estado para someterse a arbitraje

Con frecuencia ocurre que el mantenimiento continuado, por repetición, de una doctrina, prejuzga la posibilidad teórica y práctica de revertir esa situación dogmática, impidiendo abrir nuevos horizontes y posibilidades. Este es el concepto de *paradigma* al que se refiere Khun, y que tanto ha entorpecido el desarrollo del pensamiento y la evolución de las instituciones para adaptarlas a la realidad social y económica del momento.

En este contexto, el arbitraje ha sufrido históricamente dos paradigmas que han impedido su evolución y su pleno reconocimiento. Por un lado, la llamada *atribución imperativa de jurisdicción*, por la que bastaba que una norma, sectorial o no, estableciese un procedimiento judicial específico para resolver los litigios inherentes a la aplicación de esa norma, para que cierta doctrina científica y jurisprudencial entendieran que el arbitraje quedaba excluido como solución de conflictos de esas materias. Ejemplo típico de este paradigma retardatario, entre nosotros, ha sido la preterición que ha sufrido el arbitraje en el seno de las sociedades de capital, que, hasta la Ley 11/2011, no ha sido reconocido por el legislador como instrumento idóneo para resolver controversias en el marco societario.

Por otro, el *reconocimiento imperativo del derecho aplicable*, que también ha venido impidiendo la utilización del arbitraje en su seno, cuyo ejemplo arquetípico ha sido la materia arrendaticia, que dado su carácter generalmente imperativo propició el que la doctrina científica y jurisprudencial de forma mayoritaria excluyera el arbitraje. Como se sabe, esta es una cuestión ya superada.

Ambos paradigmas han quedado arrumbados y el arbitraje puede predicarse tanto de normas que tengan una atribución imperativa de jurisdicción como en aquellos ámbitos del derecho regulados por normas de derecho imperativo necesario. En el primer caso, porque, luego de una larga pugna doctrinal y jurisprudencial, se concluyó que la atribución imperativa de jurisdicción no es otra cosa que un simple reparto jerárquico y objetivo de asuntos encomendados a los jueces y tribunales, que en nada empece la utilización del convenio arbitral; y en el segundo caso, porque no existe obstáculo para que un árbitro en un arbitraje de derecho se vea compelido a aplicar el derecho necesario cuando este venga exigido por el ordenamiento.

Pues bien, aún queda en el ordenamiento jurídico español la problemática atinente al reconocimiento del arbitraje en el seno del Derecho administrativo, cuestión ésta sobre la que no se puede establecer un dogma cerrado o de *doctrina candada*, que condene al arbitraje a su exclusión permanente. Por el contrario, existen actividades relacionales desplegadas por las Administraciones públicas que no implican el ejercicio de potestades públicas indeclinables ni se refieren a cuestiones de organización, funcionamiento y de personal, sino que tienen un puro carácter patrimonial y negocial, sobre el que nadie podrá decir con causa racional suficiente que el arbitraje debe estar proscrito en esos ámbitos.

Chocamos, en cualquier caso, con un paradigma construido hace casi doscientos años, pero sobre el que conviene reflexionar para introducir los cambios que la sociedad actual reclama. Partamos del dato positivo de que en el Derecho español nunca han existido preceptos como los establecidos en el Código de Procedimiento Civil francés (arts. 83 a 104) y en el Código Civil francés (2.059 a 2.061), en los que abiertamente se establecía una proscripción del arbitraje en el Derecho administrativo. Interdicción que, dicho sea de paso, estaba referida subjetivamente a las Administraciones, organismos y establecimientos públicos, como prohibición general para someterse a arbitraje. Posición que ha venido siendo avalada por el Consejo de Estado francés, que ha fundamentado tradicionalmente la interdicción del arbitraje en el ámbito del Derecho público precisamente en los preceptos antes citados, si bien es verdad que esa doctrina ha ido suavizándose hasta reconocerse por el propio Consejo de Estado francés la indudable utilidad del arbitraje en determinados ámbitos del Derecho administrativo, debido al potente influjo que han tenido los tratados multilaterales y bilaterales suscritos por la República francesa en materia de arbitraje, principalmente en el orden comercial y de inversiones.

Es de resaltar, en cambio, que en el ordenamiento español no ha existido una prohibición subjetiva del Estado o de sus organismos para someterse a arbitraje, en los términos expuestos del derecho francés; sino más bien se ha tratado de una exclusión objetiva

por razón de la materia, suavizada más adelante hasta admitirla con ciertas restricciones. Siendo ejemplo el arbitraje al que se refiere 112.2 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; o el reconocimiento de arbitraje recogido en la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003 de arbitraje, para las controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos (Disposición Adicional, Ley 11/2011).

En efecto, la tendencia radicalmente excluyente del arbitraje en España arranca del Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852, en cuyo art. 12 se prohibía el arbitraje sobre derechos y bienes económicos de la Hacienda Pública. Rigor maximalista que quedó dulcificado por la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1911 (art. 6), que exigía para transigir o arbitrar sobre esos mismos derechos una ley autorizando el arbitraje. Criterio mantenido por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 (art. 41).

Esa orientación legislativa, tan excluyente primero y tan restrictiva después, quedó relativizada en la Ley 47/2003, General Presupuestaria, que en su art. 7.3 establece: *“Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extra judicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno”*. Con la misma literalidad se manifiesta el art. 31 de la nueva Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Como se observa, el Derecho español ha pasado de una interdicción absoluta del arbitraje (Real Decreto de Bravo Murillo), a un sistema de Ley habilitante y de aquí a un régimen de autorización con dictamen favorable del Consejo de Estado en Pleno. Y, obsérvese también, que en esta prevención contra el arbitraje en ninguna de las tres primeras etapas se ha formulado por el legislador una proscripción subjetiva sino más bien una proscripción objetiva *rationae materiae*, lo cual nos permite reflexionar que cuando no se trate de derechos económicos de la Hacienda Pública ni se están ejerciendo potestades públicas, el arbitraje deviene en un instrumento de gran utilidad jurídica y de aprovechamiento económico para resolver los ingentes conflictos que las Administraciones públicas mantienen con los particulares, que se encuentran en el momento actual ante un grado de congestión y de atasco, difícilmente explicables en un Estado de Derecho, con el bloqueo de grandes recursos económicos, sobre todo en el ámbito de los contratos públicos.

En esa esquemática evolución, la cuarta etapa vino dada por el artículo 50 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y que marcó un hito al reconocerse expresamente

que “[l]os entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”. De este modo se reconoció expresamente el arbitraje respecto de las entidades públicas empresariales, fundaciones públicas y/o fundaciones del sector público estatal y sociedades mercantiles públicas tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Eso sí, objetivamente limitado a los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos por ellos celebrados.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que deroga el Texto Refundido de 2011, no incluye una previsión similar al citado artículo 50 de éste. Entienden los comentaristas de la ley de 2017 que dicha ausencia tiene como fin que el sometimiento arbitraje sea decisión de cada entidad. Sí se refiere la nueva Ley de Contratos del Sector Público al arbitraje en el ámbito de los contratos celebrados en el extranjero. La Disposición Adicional Primera indica en su número 3 que “[e]n los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales”. Respecto de los celebrados con empresas españolas en el extranjero, su numeral 2º dispone que “se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles”.

III. El arbitraje de derecho administrativo en Europa y América Latina

El arbitraje de derecho administrativo no es ninguna novedad en el derecho comparado. Antes al contrario, cada vez son más los sistemas jurídicos que, reconociendo sus ventajas, lo tienen bien asentado. Circunscribiremos el presente estudio a sólo doce países de Europa y América Latina, en el entendimiento de que todos ellos pueden ser un espejo en el que España podría mirarse, dada la proximidad, geográfica o cultural, que guardamos con ellos.

En el primer bloque destacamos a Argentina, Paraguay y Perú. Estos tres países gozan de una fuerte tradición en la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias surgidas de la relación contractual entre el Estado y los particulares.

El arbitraje administrativo en Argentina puede presumir de una larga trayectoria: su primera regulación data del año 1947, en la que se creó el entonces Tribunal Arbitral de Obras Públicas, posteriormente disuelto en el año 2001. Posteriormente, el Régimen Nacional de Iniciativas Privadas (Decreto 966/2005) y el Régimen Nacional de Asociación

Público Privadas (Decreto 967/2005) regularon expresamente la posibilidad de someter a arbitraje todas las controversias que se suscitasen en este ámbito, incluso las relativas a la ejecución, aplicación o interpretación de contratos públicos. En noviembre de 2016 se promulgó en Argentina la Ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada, celebrados entre el estado, como contratante, y el sector privado, como contratista. Su objeto es estimular la inversión privada en sectores clave como los de infraestructuras, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada e innovación tecnológica. La ley prevé la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación e interpretación de los contratos celebrados bajo su régimen. La inclusión del convenio arbitral en el contrato se sujeta a la aprobación expresa del ejecutivo federal y a la comunicación al Congreso Nacional. La normativa reglamentaria que desarrolla esta ley derogó el Decreto 967/2005.

En Paraguay, si bien hasta el año 2000 se prohibió bajo sanción de nulidad el someter a arbitraje las controversias referentes al Estado o a las Municipalidades, fue a partir de ese año que se dictaron dos leyes que regulan expresamente el arbitraje administrativo, especialmente el referido a la contratación pública; en concreto, la Ley N° 1618/2000, de Concesión de Obras y Servicios Públicos, y la Ley N° 2051/2003, de Contrataciones Públicas. En la Ley N° 2051, el arbitraje es facultativo, en tanto que la Ley N° 1618 obliga en primer lugar a las partes a someterse a conciliación y, en caso de que ésta no conduzca a una solución, a ir a arbitraje, si bien para ello será requisito previo que tales mecanismos previstos estén en el reglamento de bases y en las condiciones de la licitación.

El caso peruano resulta de especial relevancia, ya que el legislador en dicho país ha optado por la conciliación y el arbitraje como los únicos medios para la solución de las controversias que se susciten en los contratos suscritos por el Estado con los particulares en materias de ejecución de obra, adquisición de bienes, contratación de servicios o consultoría. Esta disposición fue incorporada por primera vez en el año 1998 y posteriormente mantenida en las leyes de 2001, 2008 y 2014 sobre contratación estatal. La Ley 30225/2014 de Contrataciones del Estado dispone expresamente que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes; sin embargo, las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. El arbitraje es de derecho. Si en el contrato no se incorpora una cláusula arbitral, se entenderá incluida la cláusula tipo señalada en la norma.

En el lado opuesto a las legislaciones antes citadas se encuentran Bolivia y Venezuela. En Bolivia, la Ley de Arbitraje de 1997 permitía expresamente su aplicación por parte

del Estado. Sin embargo, la Ley 708/2015, de Conciliación y Arbitraje, prevé de forma expresa qué materias están excluidas de conciliación y arbitraje (Art. 4). Entre ellas se incluyen tanto los contratos administrativos, como el acceso a los servicios públicos y las cuestiones concernientes a funciones del Estado. Como excepción, la Ley 708/2015 permite a las entidades o empresas estatales someterse a arbitraje en las controversias que surjan de contratos de adquisición de bienes, obras o provisión de servicios suscritos en el extranjero con entidades o empresas extranjeras (Art. 6). En Venezuela es conocida la tendencia a no aplicar el arbitraje administrativo pese a que su actual Constitución (1999) recoge el arbitraje como un medio alternativo a la Administración de Justicia y pese a que la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 sólo lo restringe para el caso de las controversias "*concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público*" (Art. 3). Puede decirse, pues, que si bien no existe ninguna restricción expresa, para la aplicación del arbitraje administrativo en Venezuela resulta necesaria una regulación especial que lo prevea y regule.

De América Central destacamos los casos de Costa Rica, El Salvador y México. Estos tres países tienen en común que cuentan con normas que contemplan la posibilidad de que las controversias derivadas de los contratos suscritos por el Estado con particulares puedan ser sometidas a arbitraje. En el caso de Costa Rica, esta previsión se encuentra contemplada expresamente en la Ley Nº 7727, sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que establece que "*todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje*" (Art. 18). En El Salvador, la primera incorporación del arbitraje administrativo se dio en el año 2000 con la aprobación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Posteriormente, en el año 2011 se ha precisado que la vía arbitral requerirá un pacto expreso de sometimiento a arbitraje (Art. 161), dejándose abierta esa opción a la libre elección de las partes, privada y pública, del contrato. Por su parte, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de 2002 excluye de las materias arbitrables las "*directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público*" (Art. 23).

El caso de México viene a ser muy similar al de El Salvador, ya que tanto en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas como en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (ambas de 2000) se contempla la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan entre las partes, privada y pública; pero, y ello es importante por sus repercusiones prácticas, se señala que no será materia de arbitraje la rescisión administrativa ni cualquier forma de terminación anticipada de los contratos administrativos. Es conocida, asimismo, la frecuencia con la que Petróleos Mexicanos o la Comisión Federal de Electricidad, pese a ser entidades paraestatales, se enfrentan a arbitrajes. Tanto la Ley de Petróleos Mexicanos como la Ley de la Comisión Federal de la Electricidad (ambas de 2014), contienen una

autorización expresa a dichas entidades para someterse a arbitraje.

En el bloque europeo resaltamos las experiencias de Portugal, Italia, Francia y el Reino Unido. El sistema portugués cuenta con un gran desarrollo del arbitraje administrativo desde los años 60. Actualmente lo prevén tanto el Código de Proceso en los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002) como también la Ley 63/2011, de Arbitraje Voluntario, para los asuntos relativos a los contratos suscritos entre el Estado y los particulares en temas como concesiones, obras, servicios y suministro de bienes; así como para otras controversias no menos importantes como son las relacionadas con la responsabilidad civil de la Administración y entidades públicas o cuestiones relativas la validez de los actos administrativos, sin descartar tampoco las que surjan de los conflictos enmarcados en relaciones jurídicas de empleo público. El sistema ha sido exportado en buena medida a Brasil.

En Italia, tradicionalmente tanto el Tribunal Supremo de Casación como el Consejo de Estado (que en Italia ejerce también la función judicial de juez de apelación en lo contencioso-administrativo) fueron siempre reacios a aceptar la sumisión de la administración a arbitraje. Sin embargo, a finales del siglo pasado y en especial tras la aprobación de la Ley 205/2000, es indiscutible que la Administración Pública puede someterse a arbitraje en materias de libre disposición. El artículo 6 párrafo 2 de la referida ley, en efecto, introdujo formalmente la facultad de someter controversias administrativas a arbitraje, en vez de acudir al juez de lo contencioso-administrativo competente. El contenido de dicha disposición ha sido incluido en el nuevo código del proceso administrativo, en el artículo 12 del "Decreto Legislativo 104/2010". También el artículo 209 del Código de la contratación pública ("Decreto legislativo 50/2016") prevé la facultad de someter a arbitraje, con cláusula compromisoria incorporada a un contrato público, las controversias derivadas del mismo, "*previa autorización motivada del órgano de gobierno de la autoridad contratante*". En ausencia de autorización, la cláusula, eso sí, es nula.

En Francia la situación es totalmente opuesta, ya que si bien ninguna normativa especializada -de derecho administrativo- excluye la vía arbitral para dirimir estos conflictos, es el artículo 2060 del Código Civil Francés el que postula que en principio las entidades públicas no pueden ser parte de un acuerdo arbitral. Por tanto, resulta prohibido el uso del arbitraje para resolver las controversias que resulten de los contratos suscritos entre el Estado y los particulares. Se trata, pues, de una interdicción subjetiva que alcanza a las Administraciones, organismos y establecimientos públicos, como prohibición general para someterse a arbitraje en el ámbito interno o doméstico. La prohibición se ha ido suavizando de forma gradual en el ámbito internacional, primero por la Corte de Casación, que excluyó de dicha prohibición el ámbito de las disputas internacionales (Sentencia de 2 de mayo de

1966 en el *Caso Galakis*); y últimamente por el Consejo de Estado francés, seguramente tras verificar la frecuencia con la que el Estado u otras entidades públicas son parte en arbitrajes internacionales y ante la indudable utilidad que el arbitraje aporta en determinados ámbitos del Derecho administrativo.

Finalmente, en cuanto al Reino Unido, si bien no cuenta con una regulación expresa del llamado arbitraje de derecho administrativo, en línea con la falta de desarrollo de un cuerpo normativo de derecho administrativo, la Ley de Arbitraje de 1996 (de aplicación en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte) establece que sus disposiciones se aplican a cualquier convenio arbitral en el que el estado sea parte. Puede decirse que el arbitraje constituye, en efecto, una forma habitual de resolución de conflictos en materias tales como la contratación pública.

IV. Ámbitos en que puede introducirse el convenio arbitral

Llegados a este punto, cabría preguntarse cuál es la razón dogmática por la que no puedan someterse a arbitraje las controversias que tengan por protagonistas a las Administraciones Públicas enumeradas en el art. 3.2 de la LCSP. Consideramos que ninguna, pues en esta actividad las Administraciones no operan con potestades públicas ni en el ejercicio de normas de funcionamiento, organización y de personal y sus privilegios pueden ser considerados como derecho necesario aplicable y vinculante para el árbitro. Por lo tanto, en este ámbito el arbitraje no rompe en absoluto el equilibrio que debe existir entre las garantías y privilegios de la Administración y el principio de legalidad.

Teóricamente al menos, pueden distinguirse hasta cinco ámbitos en los que la relación entre el convenio arbitral y las Administraciones Públicas se incardinarían de forma diferente:

- 1º Cuestiones de absoluta inarbitrabilidad para las administraciones públicas, por intervenir estas o ejercer potestades públicas, como pueden ser las normativas, las de derecho regulatorio, las sancionadoras, las de planeamiento urbanístico y las relacionadas con la exacción de tributos, sin olvidar tampoco las expropiatorias en cuanto a la pura decisión sobre la necesidad o no de expropiar. Aquí el convenio arbitral no tiene cabida porque estas potestades son indeclinables y por ende indisponibles.
- 2º Cuestiones cuya arbitrabilidad está sometida a Decreto del Consejo de Ministros y

dictamen favorable del Consejo de Estado. En este ámbito, el convenio arbitral es admitido y existen importantes precedentes, siendo el más llamativo el convenio arbitral celebrado por el Estado español y la Fundación Thyssen-Bornemisza; en este asunto el Consejo de Estado declaró que el citado convenio no era contrario al art. 2.1 de la Ley de Arbitraje entonces vigente, aprobándose en consecuencia el Real Decreto 1525/88, de 6 de diciembre, que establece las condiciones para la instalación en España de la parte principal de la colección Thyssen-Bornemisza. Aquí vemos la renuncia de la inmunidad de jurisdicción del Estado español a favor del arbitraje. Pero, así como con respecto al apartado anterior no se tiene ninguna crítica que formular, consideramos que para ciertos arbitrajes de estricto contenido patrimonial no sería necesario que fuese aprobado el convenio por Real Decreto con dictamen previo del Consejo de Estado. Se trataría de sustituir ese pesado y riguroso control previo impuesto al arbitraje por otro consistente en una simple orden autoritativa del Ministro competente por razón de la materia, y, por supuesto, por un control finalista de naturaleza jurisdiccional al que se encuentra sometido especialmente el arbitraje y su producto final, el laudo, tal como determinan la vigente Ley de arbitraje española y los tratados internacionales.

- 3º Cuestiones sobre la actividad comercial internacional y de inversiones del Estado y sus Agencia Públicas. El legislador, tanto el nacional (art. 2.2, vigente Ley de Arbitraje española) como el internacional (Convención de Nueva York de 1958 y Convención de Washington de 1965), admiten sin cortapisa alguna el convenio arbitral. Es este un ejemplo de cómo podría reconocerse el arbitraje en el derecho interno español entre las Administraciones Públicas y las empresas y los particulares. Es significativo como en este ámbito ha existido una larga lucha contra las inmunidades del Estado, decantada finalmente a favor de la plena arbitrabilidad.
- 4º Cuestiones en las que intervienen Entes Públicos que no forman parte de las Administraciones Públicas. En estos casos, la arbitrabilidad de las controversias está objetivamente admitida, como ya se ha puesto antes de manifiesto.
- 5º Cuestiones en las que, interviniendo Administraciones Públicas, éstas no ejercen potestades públicas, sino actividades relacionales con los particulares, sean estos personas físicas o jurídicas. Este es el punto en el que verdaderamente se abriría el arbitraje en el seno de Derecho administrativo y que se proyectaría sobre determinadas materias, entre las que cabe señalar, solo de forma ilustrativa, las siguientes:
 - A) Controversias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren las Administraciones Públicas con los particulares.

Este arbitraje, necesariamente ha de ser de derecho, pues, el hecho de utilizar el arbitraje no empece, como se ha dicho más atrás, el mantenimiento de las prerrogativas de la Administración, correspondiendo al árbitro su reconocimiento explícito y, en su caso, su valoración económica.

- B) Actos de gestión y ejecución urbanística. Aquí el convenio arbitral no debe padecer ninguna restricción, pues se proyectaría sobre todas las controversias derivadas no del planeamiento urbanístico en sí mismo como potestad sino de las controversias resultantes de la gestión y ejecución urbanística, tales como convenios urbanísticos, ejecución de ese planeamiento y las pretensiones derivadas de los sistemas de compensación, reparcelación, cooperación y sociedades mixtas de gestión y ejecución urbanística.
- C) Convenios expropiatorios.
- D) Cuantificación económica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- E) Fijación de los daños y perjuicios como consecuencia de una conducta infractora, puesto que, si la potestad sancionadora no es arbitrable, sí lo es la fijación de esos daños cuando el infractor reconoce la infracción cometida.

V. Proyecto de Iniciativa legislativa que podría adoptarse

La iniciativa legislativa que a continuación se va a exponer no constituye ninguna novedad en el Derecho comparado, en el que el arbitraje se encuentra reconocido en el sector público en prácticamente toda América Latina y en Europa, con la sola excepción notable de Francia, donde a fecha de hoy sólo se autoriza a las entidades públicas de base territorial a acudir al arbitraje en sus relaciones internacionales.

En todo caso, las precedentes consideraciones nos llevan a formular las siguientes sugerencias para afrontar una reforma que reconozca el arbitraje en el seno de las Administraciones públicas.

- 1º) El Gobierno, actuando a propuesta del Ministerio de Justicia, podría adoptar una iniciativa legislativa (art. 87.1 CE) para introducir el arbitraje en el seno del derecho administrativo, cuando las Administraciones Públicas no ejerzan potestades públicas.

- 2º) La iniciativa legislativa debe tener carácter estatal, como ha exigido el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 15/89, de 26 de enero y 62/91 de 22 de marzo, entre otras, en las que se dice que los procesos heterocompositivos son temas reservados al Estado en virtud del artículo 149.1. 6ª, 8ª y 18ª CE.
- 3º) La iniciativa legislativa debe dictarse en plena coherencia y de acuerdo con los principios inspiradores de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, debido a que ésta última es de aplicación supletoria respecto a cualquier sistema de solución de conflictos.
- 4º) La iniciativa legislativa iría dirigida a modificar la vigente Ley de Arbitraje, introduciendo en la misma un nuevo precepto, que podría ubicarse o bien como un artículo 2 *bis* o como un nuevo artículo 11 *cuarter*.
- 5º) La iniciativa legislativa, además de modificar la vigente Ley de Arbitraje, deberá modificar el art. 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el art. 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.
- 6º) El contenido de la iniciativa legislativa podría ser el siguiente o similar:

"1. Las Administraciones Públicas y los organismos y empresas controladas por las mismas podrán someter a arbitraje las controversias que versen sobre intereses de naturaleza patrimonial y sobre aquellas que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, así como en todas aquellas controversias de derecho privado.

2. El arbitraje entre las Administraciones Públicas y los particulares tendrá que ser de derecho, encomendándose la administración del mismo a una institución arbitral.

3. El sometimiento a arbitraje a que se refieren los apartados anteriores requerirá la previa autorización del Ministro competente por razón de la materia".

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. *Modificación del artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

El artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas queda redactado de la siguiente forma:

"Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante los órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas y ante las cortes de arbitraje y las corporaciones, asociaciones y entidades a que se refiere el art.14.1 de la Ley de Arbitraje..." (El resto del precepto se mantiene igual).

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. *Modificación del artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.*

El artículo 77 queda redactado de la siguiente forma:

"1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrán someter a transacción, mediación o arbitraje la controversia cuando el juicio se promueva sobre materias de carácter patrimonial.

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción o el arbitraje, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. Si las partes llegaran a un acuerdo transaccional o se sometiesen a una mediación o arbitraje, el Juez o tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento".

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Título competencial.

"Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, establecida en el artículo 149.1. 6ª, 8ª y 18ª de la Constitución."