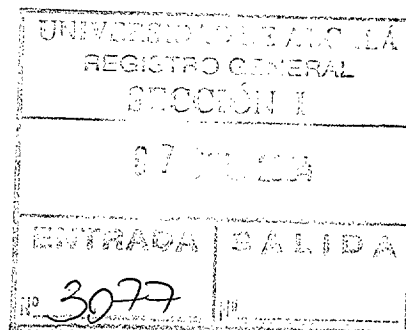


a295258



T  
34-  
UP  
OLM  
Sar

## **TESIS DOCTORAL**



# **“Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Administrativo”**

C-4337209



**Jesús del Olmo Alonso**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**  
**UNIVERSIDAD DE ALCALÁ**

**Director: Prof. Dr. D. Miguel Sánchez Morón**

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**D. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá,

**CERTIFICA:**

Que D. Jesús del Olmo Alonso ha realizado bajo mi dirección el trabajo de investigación titulado “*Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Administrativo*”, en el Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Alcalá, con el objetivo de optar al grado de “Doctor en Derecho”.

Que los resultados obtenidos y la seriedad y rigor con que el doctorando ha desarrollado su trabajo de investigación, me permiten mostrar mi plena conformidad con que proceda a defenderlo públicamente ante la Comisión correspondiente.

Y para que así conste, firmo el presente certificado en Alcalá de Henares a 21 de junio de 2004.

  
Miguel Sánchez Morón 

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**D. ALFONSO MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ**, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Alcalá,

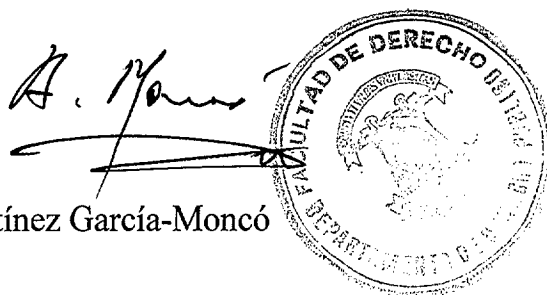
**CERTIFICA:**

Que la Tesis Doctoral elaborada por D. Jesús del Olmo Alonso, que lleva por título "*Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Administrativo*", ha sido realizada en el Departamento de Derecho Público de esta Facultad, bajo la dirección del Prof. Dr. D. Miguel Sánchez Morón, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá.

Que los resultados obtenidos y la seriedad y rigor con que el doctorando ha desarrollado su trabajo de investigación, me permiten mostrar mi plena conformidad con que proceda a defenderlo públicamente ante la Comisión correspondiente.

Y para que así conste, firmo el presente certificado en Alcalá de Henares a 21 de junio de 2004.

Alfonso Martínez García-Moncó



# ÍNDICE

ABREVIATURAS.	7
<b><u>PRESENTACIÓN.</u></b>	<b>11</b>
<b><u>PRIMERA PARTE. ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.</u></b>	<b>17</b>
<u>INTRODUCCIÓN.</u>	19
<u>CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ESFERA ADMINISTRATIVA NORTEAMERICANA.</u>	21
A) VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	21
a) Problemas de la vía judicial que causan la aparición de los mecanismos ADR.	22
b) Ventajas de los mecanismos ADR.	22
c) Inconvenientes de los mecanismos ADR.	26
B) PRINCIPIOS DE LOS MECANISMOS ADR.	30
<u>CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL.</u>	33
A) EL PAPEL DE LA A.C.U.S. EN LA ADOPCIÓN DE TÉCNICAS DE ADR EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.	33
B) LA <i>ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT</i> DE 1990.	37
C) LA <i>ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT</i> DE 1996.	42
D) LA <i>MERIT SYSTEMS PROTECTION BOARD ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT</i> DE 2001.	46



<b><u>CAPÍTULO III. ESTUDIO DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MÁS IMPORTANTES.</u></b>	49
A) CLASIFICACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS.	49
B) ARBITRAJE.	51
a) Concepto, modalidades y autorización del arbitraje.	51
b) La figura del árbitro.	54
c) El acuerdo de arbitraje.	55
d) El procedimiento de arbitraje.	56
e) El laudo arbitral.	57
C) MEDIACIÓN.	60
D) CONCILIACIÓN.	61
E) <i>MINI-TRIAL</i> .	61
F) OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	64
a) <i>Negotiation</i> .	64
b) <i>Ombudsman</i> .	65
c) <i>Fact-finding</i> .	66
d) <i>Convening</i> .	66
e) <i>Facilitating</i> .	66
f) <i>Summary Jury Trial</i> .	67
g) <i>Rulemaking</i> .	67
<b><u>CAPÍTULO IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE INTERÉS.</u></b>	71
A) CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	71
B) LA FIGURA DEL NEUTRAL.	73
C) LA PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD.	77
D) LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.	84
E) UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ADR EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.	85
F) UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ADR EN LOS PROBLEMAS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.	89
G) PROMOCIÓN DEL ADR POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.	92

H) UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ADR EN CUESTIONES RELATIVAS AL MEDIO AMBIENTE.	94
<u>CONCLUSIÓN.</u>	101
<b><u>SEGUNDA PARTE. OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS EN FRANCIA.</u></b>	<b>105</b>
<u>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.</u>	107
A) EL ESTUDIO GENERAL DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS.	109
B) RAZONES DE LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	110
<u>CAPÍTULO II. RECURSO PREVIO, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN.</u>	115
A) RECURSO PREVIO.	115
B) MEDIACIÓN.	119
C) CONCILIACIÓN	121
a) La conciliación extra-judicial.	122
b) La conciliación judicial.	125
c) Los comités de solución amigable.	129
<u>CAPÍTULO III. TRANSACCIÓN.</u>	135
A) CONCEPTO, ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS Y EFECTOS.	135
B) LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS.	140
C) ALGUNAS PROPUESTAS DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS.	143
<u>CAPÍTULO IV. ARBITRAJE.</u>	147
A) CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.	147

B) EL COMPROMISO ARBITRAL.	150
a) La cláusula compromisoria.	151
b) El acuerdo de arbitraje.	154
C) EL ÓRGANO ARBITRAL.	157
D) PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.	158
E) IMPUGNABILIDAD Y JURISDICCIÓN COMPETENTE.	161
F) VISIÓN PRÁCTICA.	164
<u>VALORACIÓN FINAL.</u>	167
<b><u>TERCERA PARTE. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS EN ESPAÑA.</u></b>	171
<b><u>CAPÍTULO I. CAUSAS QUE ACONSEJAN LA INTRODUCCIÓN DE OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.</u></b>	173
A) LA CRISIS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA.	173
B) LÍNEAS DE MEJORA DE NUESTRA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.	182
a) El procedimiento de elaboración de normas jurídicas garantizando la participación de los intereses afectados.	182
b) El sistema de Justicia Contencioso-Administrativa.	184
c) El procedimiento administrativo.	187
d) Introducción de medios alternativos de resolución de conflictos.	202
C) JUSTIFICACIÓN DEL USO DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.	206
<b><u>CAPÍTULO II. CONSTITUCIONALIDAD DEL EMPLEO DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN NUESTRO DERECHO PÚBLICO.</u></b>	215

<u>CAPÍTULO III. ÁMBITO MATERIAL.</u>	231
<u>CAPÍTULO IV. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.</u>	245
A) PROCEDIMIENTOS SUSTITUTIVOS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO (107.2 LRJ-PAC).	248
B) ARBITRAJE.	269
a) Concepto y naturaleza jurídica. Modalidades.	269
b) Arbitraje y actividad arbitral de las Administraciones Públicas.	275
c) El procedimiento arbitral. La figura del árbitro.	282
d) El laudo arbitral y su control judicial.	296
C) MEDIOS AUTOCOMPOSITIVOS: TRANSACCIÓN-NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN.	305
a) Transacción-Negociación.	306
b) Mediación.	309
c) Conciliación.	311
d) Régimen jurídico.	313
1.- Órgano administrativo competente.	314
2.- Naturaleza jurídica.	319
3.- Control judicial.	322
D) EL PAPEL COMPONENTE DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y FIGURAS AFINES.	333
<u>CAPÍTULO V. ALGUNAS REFERENCIAS EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.</u>	339
A) DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO.	339
B) CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.	349
C) FUNCIÓN PÚBLICA.	355
D) OTRAS MATERIAS.	362
<u>REFLEXIÓN FINAL.</u>	371

**CONCLUSIONES.**

377

**BIBLIOGRAFÍA.**

383

## ABREVIATURAS

A.C.U.S.	Administrative Conference of the United States
ADR	Alternative Dispute Resolution
ADR Act	Administrative Dispute Resolution Act
Ar.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
Art.	Artículo
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
C.c.	Código Civil
C.E.	Constitución Española
DA	Documentación Administrativa
DCE	Dictamen del Consejo de Estado
Disp. Adic.	Disposición Adicional
EPA	Environmental Protection Agency
FJ	Fundamento Jurídico
F.M.C.S.	Federal Mediation and Conciliation Service
IADRWG	Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
IVAP	Instituto Vasco de Administración Pública
JA	Justicia Administrativa
LARB	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LARB/88	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local

LCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCE	Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado
LEF	Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LGP/1988	Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria
LGP/2003	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORDP	Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	Revista de Administración Pública
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo

RGLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RJCM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
STC (SSTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STSJ <sup>a</sup>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
U.S.C.	United States Code





## PRESENTACIÓN<sup>1</sup>

El problema de la grave saturación de la Justicia Contencioso-Administrativa (no sólo constatado en España sino también en otros muchos países de nuestro entorno), el paulatino empeoramiento de sus resoluciones y la necesidad de dar una respuesta en un plazo razonable a las demandas de los ciudadanos para que el derecho a la tutela judicial pueda ser efectivo y la resolución eficaz, todo ello hace que en las últimas décadas se haya venido trabajando, entre otras medidas, en la posible introducción de cauces de solución de conflictos alternativos a la vía judicial. Estos mecanismos no pretenden excluir o impedir el acceso a los órganos judiciales, sino que intentan contribuir a la mejora de la Justicia Administrativa complementando su actuación. La mediación, el arbitraje o la conciliación, entre otros, son procedimientos voluntarios mucho más ágiles y económicos, que garantizan una solución final eficaz y ajustada a Derecho debido a la intervención de un órgano neutral especializado y a la garantía de un recurso judicial tasado. Especialmente en los últimos años hemos asistido a una importante aportación doctrinal y a la celebración de cursos o jornadas específicas, trabajos que no se han visto reflejados todavía en la voluntad del legislador.

---

<sup>1</sup> Deseo expresar mi agradecimiento a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que me permitió disfrutar de una beca predoctoral, así como a todos los miembros del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá por su constante apoyo. Mi especial agradecimiento, reconocimiento y cariño hacia los Profs. Miguel SÁNCHEZ MORÓN y Franck MODERNE, sin cuyos consejos y ayuda este trabajo no hubiera sido posible. La presente investigación ha formado parte de los Proyectos del Ministerio de Educación PB96-0670 y BJU2000-587, dirigidos por el Prof. Jesús LEGUINA VILLA.

Con el trabajo que se inicia, pretendemos dar una visión general de los medios alternativos de resolución de conflictos, realizando algunas propuestas sobre su utilización en Derecho Administrativo y sobre su régimen jurídico, e intentando demostrar que su empleo produce efectos muy beneficiosos en aquellos ámbitos materiales en que resulta posible. Se presentan algunas experiencias, internas o de otros países, que pretenden ilustrar el funcionamiento de este tipo de procedimientos. Sin embargo, el panorama general que intenta describirse no permite profundizar en cuestiones de excesivo detalle o abordar las peculiaridades que puedan aparecer en sectores específicos del ordenamiento jurídico público, pues ello requiere la realización de estudios concretos. Más bien, el objetivo es impulsar el despegue en la práctica administrativa española del ya conocido movimiento *ADR*, dejando para estudios más específicos el análisis de los problemas particulares que se vayan suscitando. Junto a un estudio de la escasa regulación existente, se presentan distintas propuestas que intentan contribuir al desarrollo de una futura regulación. Dichas propuestas pretenden agilizar el funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas y la solución de controversias administrativas, pero siempre desde la prudencia inicial y el respeto por los derechos y garantías de los administrados. Si se introducen definitivamente en nuestro Derecho los medios para solucionar de otra manera los litigios administrativos, será la experiencia práctica la que marque el sentido de las reformas normativas, que serán sin duda necesarias para perfeccionar su tratamiento jurídico.

Dada la extensión y objetivos de la presente investigación, no ha parecido conveniente abordar en profundidad el tratamiento de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos existentes en el Derecho Privado, aunque en ellos puedan ser partes las Administraciones Públicas. Tampoco se estudia la solución de conflictos en el Derecho Internacional, donde el arbitraje o la mediación pueden jugar un importante papel. Intentamos analizar la introducción de mecanismos alternativos de solución de enfrentamientos jurídicos en el Derecho Administrativo interno, con la ayuda de las experiencias norteamericana y francesa. Interesa la primera por el gran desarrollo de estos

procedimientos en la práctica administrativa de los Estados Unidos, mientras que la segunda, puede ser también de gran utilidad si tenemos en cuenta la importancia de su ordenamiento jurídico-público, al que el nuestro ha seguido los pasos. Otras investigaciones podrán aportar los aspectos novedosos de otros ordenamientos europeos, como el italiano<sup>2</sup>, el alemán<sup>3</sup> o, incluso, el portugués<sup>4</sup>. En éste último podemos encontrar una valiente aportación: el Título IX de la Ley 15/2002, de 22 de febrero, por la que se aprueba el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos<sup>5</sup>. Sus artículos 180 a 187<sup>6</sup> constituyen la primera regulación general en Derecho Comparado Europeo del sometimiento a arbitraje de ciertas cuestiones (contratos, responsabilidad patrimonial y actos administrativos que puedan ser revisados sin fundamento en su invalidez<sup>7</sup>). Sin perjuicio de lo que dispongan futuras leyes especiales, los tribunales arbitrales se regirán por la legislación de arbitraje común, por lo que el art. 181.2 adapta al orden contencioso-

---

<sup>2</sup> Al respecto destacan los distintos estudios contenidos en las obras colectivas *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*. EGFA. Milano, 1991. *Arbitrato e pubblica amministrazione*. Giuffrè. Milano, 1999. Véanse también Capacciali, Enzo; *L'arbitrato nel diritto amministrativo*. CEDAM. Università di Bologna. Padova, 1957. Andrioli, V; *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*. Giurisprudenza Costituzionale, 1977. Fasc. 8. Págs. 1143 y ss. Caia, Giuseppe; *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e la tendenze*. A. Giuffrè editore. Università di Bologna. Milano, 1989. Chirulli, Paola y Stella Richter, Paolo; *Transazione (diritto amministrativo)*. Enc. Dir. Vol. 44. 1992. Págs. 867 a 872. Cassese, Sabino; *L'arbitrato nel diritto amministrativo*. Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, XLVI. 1996. Págs. 311 a 327. Bernardini, Piero; *L'arbitrage en Italie après la récente réforme*. Revue de l'arbitrage, n°3. 1994. Huergo Lora, Alejandro; *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2000. Págs. 187 a 197.

<sup>3</sup> Huergo Lora, Alejandro; *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*. Op. cit. págs. 43 a 50, 75 y 76, 81 a 83, 90 a 100 y 176 a 179. Fromont, Michel; *L'exemple allemand (les modes alternatifs de règlement des litiges)*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 1. 1997. Págs. 59 a 63.

<sup>4</sup> En el ámbito iberoamericano podemos ver, por ejemplo, el artículo 18 de la Ley 7727, de 9 de diciembre de 1997, de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social en Costa Rica y su comentario en González-Varas Ibáñez, Santiago; *El contrato administrativo*. Civitas. Madrid, 2003. Págs. 395 a 399. El párrafo tercero del citado artículo establece: «Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública».

<sup>5</sup> Véase su presentación por GARCÍA DE ENTERRÍA y su traducción comentada por los Profs. VALCÁRCEL Y MENÉNDEZ en la RAP, n° 162. 2003. Págs. 421 a 495.

<sup>6</sup> Las críticas más importantes que a estos preceptos se pueden hacer son la falta de una prohibición expresa del arbitraje de equidad y la ausencia de una remisión a las normas sobre delegación de competencias de los órganos administrativos. No obstante, hay que tener en cuenta que estamos ante una regulación general, que podrá mejorarse y adaptarse a cada sector por leyes especiales.

<sup>7</sup> En este último caso, en los términos que establezca una ley sustantiva.

administrativo las referencias a los tribunales ordinarios. Resulta destacable la configuración del recurso al arbitraje, en los litigios mencionados, como un derecho de los interesados. Por último, el artículo 187 contiene una remisión a una futura ley que autorice la instalación de centros de arbitraje permanentes, centrados en solucionar las diferencias surgidas en materia de contratos, responsabilidad civil de la Administración, empleo público, sistemas públicos de protección social y urbanismo. A estos centros de arbitraje se les pueden atribuir, además, funciones de conciliación, mediación o consulta en el ámbito de procedimientos de impugnación administrativa. Esta regulación, por tanto, está dirigida a la implantación del sistema arbitral como otro medio de solución de conflictos administrativos.

Comenzaremos el presente trabajo abordando el funcionamiento de estas técnicas en el ordenamiento en que se encuentran más desarrolladas: el de EE.UU., país que, pese a basarse en un sistema jurídico diferente, ha desarrollado una completa regulación de estos mecanismos y constituye una importante fuente de conocimientos prácticos sobre los conflictos en los que el uso de estos modos alternativos resulta especialmente útil y eficaz. Después analizaremos el caso francés, un ejemplo de país perteneciente a la Unión Europea con clara influencia en nuestro Derecho Administrativo y en el que estos medios están empezando a aplicarse, más en la vertiente práctica que en la normativa. Finalmente realizaremos un estudio general de estos procedimientos en España y de las escasas muestras del legislador en favor de su utilización. La desconfianza existente en nuestro país es grande, por lo que para formarse una opinión más objetiva sobre su funcionamiento conviene tener presente las experiencias prácticas existentes en Derecho comparado.

Para concluir, considero que se puede ir empezando a hablar de otro tipo de actividad administrativa, la consensual o convencional, caracterizada por la participación de los administrados, mediante relaciones jurídicas bilaterales, en la elaboración de decisiones administrativas, en la resolución de recursos administrativos, en la prevención

o solución de conflictos, e, incluso, en la elaboración de normas reglamentarias.



**PRIMERA PARTE**

**“Administrative Dispute Resolution en los  
Estados Unidos de América”**





## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>.

En las últimas décadas se ha venido acuñando en los Estados Unidos de América el término ADR (*Alternative Dispute Resolution*), como representante de un movimiento legal y doctrinal de respuesta a la necesidad de hallar una vía alternativa a la vía judicial, que permita una solución más eficaz de las controversias. Inicialmente en los ámbitos civil y comercial, se impulsó el recurso a otros mecanismos no judiciales de resolución de conflictos que permitieran una solución más rápida, barata, adaptada al caso concreto, y que reportaran una mayor satisfacción para las partes fuera del terreno de la confrontación.

Este movimiento se ha trasladado a otros países y, aunque con ciertos recelos iniciales, también se ha extendido a la esfera pública donde el colapso de los Tribunales es, si cabe, mayor, y las tardías respuestas agudizan aún más la ineficacia de una buena parte de las resoluciones judiciales. Este interés por trasladar el movimiento ADR al ámbito administrativo se ha visto impulsado en los Estados Unidos durante las últimas décadas del siglo XX, a raíz del relevante papel jugado por la *Administrative Conference of the United States*, decisivo en la elaboración de la *Administrative Dispute Resolution Act*, que entró en vigor en 1990 y que ha sido objeto de modificaciones en 1991, 1996 y 1999. Esta Ley, al introducir un nuevo Subcapítulo 4 en el Capítulo 5 del Título 5 del

---

<sup>1</sup> Quiero expresar mi gratitud por su ayuda a los profesores de la Universidad de Harvard Frank E. A. SANDER y Todd D. RAKOFF, a Charles POU, uno de los mayores expertos en esta materia, y al Real Colegio Complutense en la Universidad de Harvard.

*United States Code* (U.S.C.), ha institucionalizado el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito administrativo norteamericano. Con ello el Congreso estadounidense ha estimulado su uso por las agencias federales<sup>2</sup>, con la intención de aumentar la rapidez y eficacia de la actividad administrativa.

Recientemente, en nuestro país se ha despertado también un interés por el uso de modos de resolución de conflictos alternativos a la vía contenciosa-administrativa. Aunque las causas son comunes a las del país norteamericano, sin embargo tanto nuestro sistema jurídico como nuestra cultura son bien distintos. Por ello no se pretende extrapolar completamente la construcción estadounidense en la materia a nuestro Derecho Administrativo. Solamente pretendemos realizar su exposición genérica, sin aspirar a entrar en detalles, para poder extraer aquellas ideas, conclusiones o experiencias que sí puedan aprovecharse en el Derecho español.

La mentalidad americana ha tenido mucho que ver en que sea Estados Unidos el país donde el desarrollo de este sistema de solución de controversias esté más avanzado. Tardaremos aquí muchos años en alcanzar tal nivel de desarrollo, pero, sin duda alguna, los errores, experiencias, conclusiones y resultados obtenidos en Norteamérica serán de gran utilidad en nuestro país.

---

<sup>2</sup> Sobre las agencias y el procedimiento administrativo en los Estados Unidos véase Carbonell, Eloísa y Muga, José Luis; *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Marcial Pons. Madrid, 1996.

# **CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ESFERA ADMINISTRATIVA NORTEAMERICANA.**

Tras el éxito obtenido por la utilización en la resolución de conflictos privados de medios alternativos a la vía judicial, se comenzó a pensar en utilizar técnicas de arbitraje, mediación, conciliación, *mini-trial* ... para solventar las diferentes controversias administrativas, que, producto del fuerte incremento de la actividad en las agencias norteamericanas, estaban colapsando los Tribunales<sup>3</sup>. Con ello se buscaba, no sólo reducir el volumen de litigiosidad judicial, sino también buscar soluciones más rápidas, menos costosas, más precisas y aceptadas por las partes, y, especialmente, mantener la confianza y cooperación entre las partes de cara a futuras negociaciones<sup>4</sup>.

## **A) VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

---

<sup>3</sup> Breger, Marshall J.; *Testimony on S. 2274 before the House Judiciary Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations, June 16, 1988*; en *Administrative Conference of the United States; Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Administrative Conference of the United States. Office of the Chairman. 1988. Pág. 112.

<sup>4</sup> *Administrative Conference of the United States; Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Administrative Conference of the United States. Office of the Chairman. 1988. Pág. 2.

## **a) Problemas de la vía judicial que causan la aparición de los mecanismos**

### **ADR.**

El surgimiento de estas técnicas se debe a la necesidad de hacer frente a los inconvenientes que plantea la utilización de la vía judicial<sup>5</sup>: es muy cara, por ello no resulta accesible a una buena parte de los ciudadanos y, frecuentemente, los costes superan a los beneficios; es demasiado lenta lo que puede provocar que las resoluciones sean tardías e ineficaces<sup>6</sup>; su procedimiento es demasiado rígido y complejo, por lo que se requiere la contratación de costosos letrados; el antagonismo reduce las posibilidades de solución y perjudica las relaciones futuras entre las agencias y las partes afectadas, etc. Además, en la actualidad, el incremento de las relaciones administrativas y su mayor complejidad han llevado al desbordamiento, congestión y bloqueo del sistema judicial<sup>7</sup>. El Gobierno Federal también ha reconocido que los procedimientos judiciales son muy costosos, excesivamente largos y destruyen las relaciones de cooperación entre la administración y los particulares<sup>8</sup>.

## **b) Ventajas de los mecanismos ADR.**

Varios son los beneficios que agencias y particulares pueden obtener con la

---

<sup>5</sup> Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; *Sourcebook: Federal Agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1987. Págs. 9, 10 y 31.

<sup>6</sup> Fomentar las técnicas de ADR puede mejorar la eficacia en la resolución de los conflictos, ya que «*justice delayed is, in many instances, justice denied*». Breger, Marshall J.; *Introduction*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987. Pág. 400.

<sup>7</sup> Las demandas en las que los Estados Unidos eran parte crecieron en un 155 % de 1970 (25.000) a 1980 (64.000), con el consiguiente aumento de costes. Smith, William F.; *Alternative means of dispute resolution: practices and possibilities in the federal government*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; *Sourcebook: Federal Agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Op. cit. págs. 164 y 165.

<sup>8</sup> Pou, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook*. Second Edition. Administrative Conference of the United States. Office of the Chairman. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1992. Pág. 226.

utilización del ADR:

1) Menor coste. El coste de estos procedimientos es mucho más reducido que el de un procedimiento judicial, no sólo porque en muchos de ellos no se hace necesaria la participación de letrados, sino porque los trámites son menos costosos y, al ser un procedimiento más breve, el gasto es menor. También el Estado ahorra dinero en el costoso mantenimiento del sistema judicial.

2) Menor duración del procedimiento. Los mecanismos ADR conllevan un considerable ahorro de tiempo, ya que pueden iniciarse en plazos breves, los procedimientos son relativamente cortos y la decisión puede alcanzarse rápidamente<sup>9</sup>. El principio de celeridad inspira todas las fases del procedimiento.

3) Procedimientos claros y menos formales. Las formalidades procedimentales se reducen y el lenguaje se hace más comprensible para las partes. Incluso, el tercero que ayuda en la solución de la disputa es seleccionado por éstas en función normalmente de su imparcialidad, experiencia y conocimientos. La ausencia de determinadas formalidades permite un procedimiento más rápido y, al mismo tiempo, una mayor intervención de las partes, a veces espontánea. Debido a la simplificación de los trámites, a la adecuación del procedimiento al caso concreto y a la mayor claridad del lenguaje utilizado, se fomenta la participación de las partes y, con ello, que afloren y se discutan los verdaderos intereses en juego.

4) Resolución de litigios de cuantía variada. Estos mecanismos no sólo van dirigidos a resolver aquellos casos de pequeñas cuantías donde los costes de un procedimiento judicial exceden a los beneficios o indemnizaciones a conseguir, sino que también permiten la resolución de litigios en los que hay en juego sustanciosas

---

<sup>9</sup> Kanowitz, Leo; *Cases and materials on Alternative Dispute Resolution*. West Pub. Co. St Paul, Mi, 1985. Pág. 11.

cantidades<sup>10</sup> y donde las partes afectadas buscan rapidez y dañar lo menos posible las relaciones futuras.

5) Descongestión del sistema judicial y ampliación del acceso a la justicia. El ADR complementa (sin tener pretensión de sustituir en caso alguno) al sistema judicial, poniendo a disposición de las partes métodos más económicos y eficaces que los judiciales para resolver sus disputas<sup>11</sup>. Incluso, muchas veces, son los propios Tribunales quienes, al intentar una negociación de las partes antes del juicio, promueven la utilización de estas técnicas, llegando a actuar en ocasiones como verdaderos mediadores<sup>12</sup>. Con ello, no sólo disminuye el número de casos que colapsan los Tribunales, sino que, al existir cauces alternativos, se permite a muchas personas, que no querían embarcarse en un procedimiento complejo, largo y costoso, la defensa de sus derechos.

6) Soluciones más justas y eficaces. Son las partes, que actúan de buena fe, las protagonistas de la decisión que una tercera parte adopta o que ellas mismas construyen. Al trabajar en común, alcanzan soluciones más justas que las logradas en un procedimiento judicial, donde las partes rivalizan y no se ven los verdaderos intereses en juego. Además, al estar ante procedimientos más flexibles y que se adaptan mejor al caso concreto, la eficacia de las decisiones es mucho mayor que en los rígidos procedimientos judiciales. Otro factor que ayuda a aumentar la efectividad de estos

---

<sup>10</sup> Así, en 1976, se resolvió mediante la técnica del *mini-trial* un conflicto entre la N.A.S.A. y la compañía TRW Inc. sobre la construcción de un satélite por valor demás de 1 billón y medio de dólares. Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 573.

<sup>11</sup> Grenig, Jay E.; *Alternative dispute resolution (with forms)*. Second Edition. West Publishing Co. St. Paul, MINN, 1997. § 1.1.

<sup>12</sup> Los Tribunales intentan evitar el litigio mediante negociaciones previas, que suelen ser llevadas a cabo por un Juez distinto al que presidirá las sesiones del juicio si éste se lleva finalmente a cabo. Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. págs. 11 y 12. Breger, Marshall J.; *Introduction*. Op. cit. pág. 400. El *Federal Judicial Center* forma a Jueces y Magistrados en la mediación y en la asistencia a las partes durante sus negociaciones. Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; *The ongoing role of alternative dispute resolution in Federal Government litigation*. University of Toledo Law Review, vol. 27, n° 4. 1996. Págs. 819 y 820.

mecanismos es la especialización de los neutrales<sup>13</sup>, que en materias específicas pueden ayudar a resolver mejor la controversia que un Juez, cuyos conocimientos son más generales<sup>14</sup>. Por otra parte, en el derecho norteamericano el uso de técnicas de ADR evita el riesgo de la existencia de precedentes judiciales contrarios.

7) Mantenimiento de las relaciones futuras con la otra parte. En los procedimientos en que las partes adoptan la decisión final, (mediación, conciliación etc.), los beneficios son considerables, dado que ambas partes salen satisfechas al haber construido entre ellas la solución. Incluso, en aquellos donde un tercero dirime la controversia (arbitraje, etc.), las relaciones entre las partes se deterioran en menor medida que si existiera un recurso a los Tribunales por alguna de ellas en base a que, al haber un acuerdo previo para someter dicho asunto a un tercero imparcial, ya existe un cierto acercamiento de posiciones. En todos estos procedimientos ambas partes ganan (*win-win*) y no hay una parte perdedora, evitándose por tanto los resentimientos que ello conlleva. La relación entre las partes no resulta tan dañada como en el caso de una solución judicial, donde los resentimientos son mayores. Por ello ésta última no es la vía adecuada para poner fin a aquellas controversias, cuyas partes puedan tener en el futuro estrechas relaciones de trabajo<sup>15</sup>. Uno de los objetivos que se pretenden con la introducción de estas figuras es, precisamente, mantener la confianza y cooperación entre las partes de cara a futuras negociaciones. A ello también contribuye la privacidad de estos procedimientos, ya que la decisión final no es un documento público (a diferencia de las sentencias judiciales).

#### 8) Mayor satisfacción de las partes. Como consecuencia de la mayor participación

---

<sup>13</sup> En el Derecho norteamericano un *neutral* es un «individuo que, con respecto a un asunto en controversia, ejerce sus funciones específicamente para ayudar a las partes en la resolución de dicho conflicto» (sección 571 del Título 5 U.S.C.). Por ello, nosotros también sustantivaremos este adjetivo y lo utilizaremos con el mismo significado.

<sup>14</sup> Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 10.

<sup>15</sup> Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 10. Hatch, Orrin G.; *A view from Congress*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987. Pág. 429.



de las partes en la construcción y sustanciación del procedimiento, las partes quedan más satisfechas de la solución final, aunque no les sea ventajosa, pues comprenden mejor las razones que a ella han llevado. Esta solución suele ser respetada ya que las partes, al haber contribuido a su formación, suelen estar satisfechas con ella.

9) Acercamiento entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas. Al negociar directamente y poder transmitirse información de primera mano, aumenta el acercamiento entre ciudadanos y Administraciones Públicas. Ello implica una mayor colaboración, una gestión más eficiente y una mayor sensibilidad de la Administración hacia los problemas de los ciudadanos<sup>16</sup>, por tanto un mayor compromiso y responsabilidad de las agencias en su actuación.

### **c) Inconvenientes de los mecanismos ADR.**

Pese a las ventajas que aparentemente tienen los mecanismos ADR, hay que tener en cuenta que éstos pueden presentar también algunos inconvenientes<sup>17</sup>. Se debe actuar de forma cauta y prudente a la hora de su puesta en práctica llevando a cabo una buena formación del neutral y no aplicándose a situaciones donde estos mecanismos no sean aconsejables (envuelvan derechos fundamentales con los que no se puede transigir y son irrenunciables, afecten a terceras partes, tengan valor de precedente etc.). En muchas ocasiones el recurso a la vía judicial se hace necesario y en otras ambas vías pueden resultar complementarias<sup>18</sup>. Así, tanto el Juez Harry T. EDWARDS, como el Presidente del National Institute of Dispute Resolution, se mostraban, en 1987, excépticos a la hora de vaticinar el futuro del ADR. El Juez EDWARDS, en su artículo "*Alternative Dispute*

---

<sup>16</sup> Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; op. cit. pág. 816.

<sup>17</sup> Sobre los inconvenientes del ADR en el ámbito administrativo puede verse A.C.U.S., Office of the Chairman; *An overview of federal agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, nº 2. 1987. Págs. 407 a 410.

<sup>18</sup> Breger, Marshall J.; *Testimony on S. 2274*. Op. cit. pág. 114.

*Resolution: Panacema or Anathema?*<sup>19</sup> analiza algunas cuestiones problemáticas de estos mecanismos cuya puesta en práctica debe realizarse con precaución pues pueden llegar a resultar contraproducentes. Así, por ejemplo, si se pretende dar rapidez a estos procedimientos y para ello el arbitraje vinculante cerrase el recurso a la vía judicial, (para no dilatar más el conflicto), se pueden lesionar los derechos fundamentales de las partes y en particular el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, (en cuanto que es único garante de los principios y valores del ordenamiento jurídico de un país), que se recoge en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América. De igual manera, los procedimientos donde un tercero no impone una decisión pueden resultar para las partes, si en ellos el acuerdo no se alcanza y se debe acudir a la vía judicial, un coste y un gasto de tiempo adicional. Por ello, en mi opinión, se debe ser cauto a la hora de poner en marcha de este tipo de mecanismos y avisar a las partes de los inconvenientes que los mismos puedan conllevar.

Además, puede que, en determinados casos, las ventajas de los mecanismos ADR no sean tales porque el procedimiento se complique y acabemos ante un arbitraje que resulte más caro que un proceso judicial, o una conciliación que acabe en una ruptura total de las relaciones de las partes. Por ello antes de acudir a una u otra vía debemos examinar cuál es la conveniente en función del conflicto concreto y de las partes<sup>20</sup>. Así, no en todos los conflictos administrativos resulta adecuada la utilización de los procedimientos de ADR. De ahí que en Estados Unidos se haya considerado que, únicamente cuando los intereses de la Administración Pública se corresponden con los de un particular, resulta prudente recurrir a estos medios<sup>21</sup>. Esto ocurre cuando el

---

<sup>19</sup> Edwards, Harry T.; *Alternative Dispute Resolution: Panacea or anathema?* Harvard Law Review, vol. 99, n° 3. 1986. Págs. 688 a 684. Véase también Gellhorn, Walter; Dunlop, John T.; Edwards, Harry T. y Kuhl, Carolyn, B.; *Alternative Means of Dispute Resolution in Government: a sense of perspective*. In *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987. Págs. 465, 466 y 468.

<sup>20</sup> Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 9.

<sup>21</sup> Administrative Conference of the United States; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Op. cit. págs. vi y 44.

gobierno actúa como comprador o vendedor (contratos públicos), cuando debe indemnizar por un daño causado, cuando el problema radica en la determinación de una cantidad, etc. También, los mecanismos mencionados resultan útiles en los conflictos interadministrativos, ya que los gobiernos estatal, federales o locales tienen como objetivo común perseguir el interés público<sup>22</sup>. Por otro lado, en algunos casos no resulta adecuado su uso<sup>23</sup>: alguna de las partes desea recurrir a la vía judicial, existe un fuerte desequilibrio entre las partes, asuntos legales de especial importancia están en juego, alguna de las partes desea establecer un precedente judicial, no existe buena fe entre las partes, el asunto afecta a personas que no son partes, etc. Aunque en la actualidad la vía judicial tiene muchos inconvenientes puede que, por las características del litigio y de los litigantes, resulte la más adecuada.

Junto a los problemas constitucionales<sup>24</sup> que estas figuras plantean, existen otros inconvenientes que se apuntan por la doctrina norteamericana:

1) Negociación desequilibrada para las clases más desfavorecidas. La desigualdad de las partes y la falta de protecciones procedimentales pueden dar lugar a soluciones injustas para los más débiles. Algunos autores han expresado sus dudas sobre el impacto de los mecanismos ADR en los derechos de las clases más desfavorecidas de la sociedad<sup>25</sup>, alegando que estas personas pueden ser presionadas a aceptar una solución menos beneficiosa que aquella a la que tienen derecho. Sin embargo, si la única vía a la que éstos pueden acudir es un procedimiento largo, costoso y complejo, el ciudadano de a pie normalmente optará por resignarse en lugar de por defender sus derechos ante los Tribunales. Los métodos de resolución alternativa de conflictos ofrecen, al menos,

---

<sup>22</sup> Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; op. cit. pág. 816. Con el uso del ADR, además de ahorrar recursos públicos, se evita un deterioro en la imagen de las Administraciones Públicas.

<sup>23</sup> Grenig, Jay E.; *Alternative dispute resolution (with forms)*. Op. cit. § 1.11. Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 10. Steenland, Peter R. Jr. and Appel, Peter A.; op. cit. págs. 807 y 808.

<sup>24</sup> Véase el epígrafe A) del Capítulo IV.

<sup>25</sup> Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 15.

caminos adicionales para defender la Justicia<sup>26</sup>. Por supuesto, nada impide a los ciudadanos acudir a la vía judicial, pero la existencia de procedimientos complementarios, lejos de perjudicar, amplía las posibilidades de defensa de todos los ciudadanos.

2) El problema de la objetividad e imparcialidad del neutral. Uno de los riesgos más importantes de estos métodos se halla en la falta de objetividad y en la imparcialidad del tercero producidas por presiones de las partes. Es fundamental aquí asegurar un recurso de anulación para las ocasiones en que el neutral no haya actuado correctamente e insistir en su correcta formación<sup>27</sup>.

3) Peligro de soluciones injustas o disconformes con el ordenamiento jurídico. Estas técnicas en las que las partes o un tercero adoptan una decisión al margen de los Tribunales, pueden conllevar soluciones que no se ajustan a lo dispuesto por las normas jurídicas. Ciertamente, se debe tratar de flexibilizar la aplicación de las normas jurídicas al conflicto concreto, pero sin que ello suponga actuar al margen del ordenamiento. Por ello, se debe potenciar la especialización jurídica de los neutrales e instaurar un recurso de anulación frente aquellas decisiones que lo vulneren claramente.

4) Problemas presupuestarios. Aunque a largo plazo los mecanismos de ADR supongan un gran ahorro de tiempo y dinero, sin embargo, su puesta en funcionamiento necesita de una partida presupuestaria para cubrir los gastos, principalmente, de la formación de neutrales y de implantación de estos mecanismos en las distintas agencias. Las partidas presupuestarias de las agencias estadounidenses se han visto incrementadas con las cantidades necesarias para acometer la puesta en marcha de estas técnicas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en el caso del arbitraje, el árbitro puede conculcar los límites presupuestarios de las agencias en sus resoluciones, lo que plantea

---

<sup>26</sup> Breger, Marshall J.; *Testimony on S. 2274*. Op. cit. pág. 115.

<sup>27</sup> Véase el epígrafe B) del Capítulo IV.

algunos problemas, especialmente de orden constitucional, pero también debe tenerse en cuenta que éste puede conocer las opiniones sobre determinados gastos de la Intervención General<sup>28</sup>.

## **B) PRINCIPIOS DE LOS MECANISMOS ADR.**

La importancia de estos mecanismos en los Estados Unidos de América está fuera de toda duda, ya que su implantación se ha consolidado a nivel legal, doctrinal, presupuestario y práctico.

En todos estos procedimientos hay una serie de principios que deben tenerse presentes y cuyo olvido puede ocasionar el fracaso en la solución del conflicto particular:

1) Celeridad y bajo coste del procedimiento. Estos procedimientos deben resultar eficaces en términos de coste y tiempo<sup>29</sup>, debiendo adecuarse a la naturaleza del asunto controvertido. Por ello, deberán iniciarse tan pronto como el conflicto surja, no teniendo por tanto que esperar a los tramites del acceso a la vía judicial. Esta preocupación por solventar el litigio de la forma más rápida posible debe estar siempre presente en todos los trámites y fases del procedimiento. Ahora bien, esto no debe producir una merma en las garantías de las partes y en la calidad de la resolución. Igual ocurre con la preocupación por abaratar los costes del procedimiento.

2) Flexibilidad del procedimiento. El procedimiento no debe estar sometido a rígidas formalidades, debiendo adaptarse a las necesidades de las partes y al caso

---

<sup>28</sup> Breger, Marshall J.; *Testimony on S. 2274*. Op. cit. pág. 115.

<sup>29</sup> Kanowitz, Leo; *Cases and materials on Alternative Dispute Resolution*. Op. cit. pág. 13. Meek, Susan B.; *Alternative Dispute Resolution. Lawyers & Judges*. Tucson, 1996. Pág. 4. Millhauser, Margerite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 16.

concreto. Debe ser, además, comprensible y accesible a las partes en conflicto<sup>30</sup>.

3) Equilibrio y protagonismo de las partes. Se debe potenciar el máximo equilibrio entre las partes, evitando cualquier situación ventajosa de una u otra. Cuando una parte se encuentra en una situación desventajosa, la defensa de sus derechos peligra<sup>31</sup>. El protagonismo debe corresponder por entero a éstas, que son las que designan a los neutrales, inician y pagan el procedimiento, participan activamente en él y controlan su desarrollo, llegando incluso a delimitar los criterios para solucionar el conflicto.

4) Existencia de buena fe de las partes. Éste es el principio básico sobre el que se basan estas técnicas. La falta de buena fe y de un espíritu de colaboración imposibilita una buena negociación y un justo resultado, deteriorando enormemente las futuras negociaciones entre las partes. Por ello debe potenciarse la buena fe y reprimirse duramente las conductas contrarias que puedan desprestigiar estos mecanismos.

5) Voluntariedad de las partes a participar en el procedimiento extrajudicial. Los procedimientos de resolución alternativa de conflictos sólo conseguirán su objetivo si los representantes de la Administración y las partes afectadas los consideran de utilidad y desean solucionar a través de estos cauces sus controversias. Forzar a las agencias o a las partes a su uso dará lugar a reticencias que obstaculizarán su puesta en práctica<sup>32</sup>. Esta voluntariedad se refleja en la firma del acuerdo de utilización de un mecanismo ADR, donde se hacen constar los términos en que se va a llevar a cabo el procedimiento. En dicho acuerdo, se suelen contemplar con carácter general<sup>33</sup>: la fecha, hora, lugar y

---

<sup>30</sup> Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 16.

<sup>31</sup> Kanowitz, Leo; op. cit. pág. 13.

<sup>32</sup> Breger, Marshall J.; *Testimony on S. 2274*. Op. cit. pág. 118.

<sup>33</sup> Tolan, Major Patrick E.; *The Role of Alternative Dispute Resolution in resolving Air Force contract disputes*. Air Force Law Review, vol. 40. 1996. Págs. 107 y 108. En este trabajo se contiene una visión general de la puesta en práctica de la *Administrative Dispute Resolution Act* en los contratos celebrados por la *United States Air*

duración del procedimiento, el intercambio de documentos e información, una cláusula de garantía de la confidencialidad, la designación y remuneración del neutral, las reglas de procedimiento, etc.

---

## **CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL.**

### **A) EL PAPEL DE LA A.C.U.S. EN LA ADOPCIÓN DE TÉCNICAS DE ADR EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.**

Ante los problemas que planteaba la vía judicial en la resolución de conflictos administrativos, varias agencias y organismos públicos norteamericanos iniciaron en la década de los setenta un intento por aplicar las técnicas de ADR, que tan buenos resultados ofrecían en la esfera privada, a la resolución de sus controversias. Así, la *Environmental Protection Agency* comenzó a promover su utilización en asuntos relacionados con la limpieza de vertederos de residuos peligrosos o con registro de pesticidas, el *Merit System Protection Board* introdujo intentos de mediación en la resolución de las quejas de los empleados públicos, el *Department of Navy*, la N.A.S.A. y el *Army Corps of Engineers* llevaron a cabo programas de *mini-trial*, y el *Department of Justice* emprendió un proyecto piloto para el empleo de *mini-trials* (o mini-juicios) en algunos supuestos de contratos públicos<sup>34</sup>. El interés por ampliar el uso del ADR se fue extendiendo entre las distintas agencias hasta que la *Administrative Conference of the United States* (A.C.U.S.) recibió el encargo de realizar los estudios pertinentes e implantar su funcionamiento en la esfera administrativa.

La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos fue establecida por Ley en

---

<sup>34</sup> Pou, Charles; *Federal Agency use of ADR: the experience to date*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 104.



1964 como una agencia independiente del gobierno federal. Su propósito y función era promover mejoras en la eficiencia, aptitud y justicia de los procedimientos por los cuales las agencias federales llevan a cabo sus programas, administran subvenciones y beneficios y ejercen las funciones relacionadas con el gobierno. Para este fin, la A.C.U.S. llevó a cabo investigaciones, emitió informes relativos a aspectos varios del proceso administrativo y, cuando existía justificación, realizaba recomendaciones al Presidente, al Congreso, a departamentos particulares y agencias, y al poder judicial sobre la necesidad de reformas procedimentales<sup>35</sup>.

Esta agencia, cuyo Presidente y sus 101 miembros estaban continuamente comprometidos con el estudio y la mejora de la actividad de las Agencias Federales y del procedimiento administrativo<sup>36</sup>, tuvo un papel más que relevante en el inicio, el impulso y la coordinación de la puesta en práctica a nivel general de las técnicas de ADR. Para ello resultaron fundamentales las múltiples actividades de difusión y estudio de estas técnicas como coloquios, libros, publicaciones científicas<sup>37</sup> y, en especial, sus recomendaciones basadas en detalladas investigaciones y consultas con otras agencias, que han servido de base en la elaboración de la legislación existente. También llevó a cabo importantes tareas de información y apoyo a las agencias, preparación de su personal en estas técnicas, y formación de neutrales especializados. Fueron muchas las agencias que contaron con la A.C.U.S. para examinar la posible utilización del ADR en

---

<sup>35</sup> Véase Administrative Conference of the United States; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Op. cit. pág. 6. Véase también A.C.U.S., Office of the Chairman; *An overview of federal agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987. Págs. 413 a 415.

<sup>36</sup> Sus investigaciones son llevadas a cabo por su personal y por asesores que, trabajando en comisiones, realizan recomendaciones basadas en investigaciones, informaciones transmitidas por las agencias y experiencias de sus miembros. Sobre la composición y funciones de la A.C.U.S. véase Pou, Charles; *Federal Agency use of ADR: the experience to date*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 109.

<sup>37</sup> Véanse como ejemplo Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; *Sourcebook: Federal Agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Op. cit. Administrative Conference of the United States; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Op. cit. ACUS, Office of the Chairman; *An overview of federal agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Op. cit.

sus programas.

Entre las múltiples recomendaciones emitidas por la A.C.U.S. hemos de destacar las siguientes:

- Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986<sup>38</sup>.
- Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-8: Acquiring the services of Neutrals for Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986<sup>39</sup>.
- Administrative Conference of the United States. *Recommendation 87-5: Assuring the fairness and acceptability of arbitration in federal programs*. 1987<sup>40</sup>.
- Administrative Conference of the United States; *Recommendation 87-11: Alternatives for resolving government contract disputes*. 1987<sup>41</sup>.
- Administrative Conference of the United States; *Recommendation 88-5: Agency*

---

<sup>38</sup>Esta recomendación clama por una legislación que autorice el uso del arbitraje voluntario y de otros métodos en las disputas de las agencias federales, aconseja a las agencias sobre el uso voluntario de algunas de estas técnicas, las define, y describe las situaciones en que el ADR es o no útil. Pou, Charles; *Federal Agency use of ADR: the experience to date*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 110. Véase Administrative Conference of the United States; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Op. cit. págs. 75 a 81. Véase el informe que sirvió de base a dicha recomendación, Harter, Philip J.; *Points on a continuum: dispute resolution procedures and the Administrative process*. Background report for Recommendation 86-3. Report to the Administrative Conference of the United States. June 5, 1986. A.C.U.S., Annual Report, 1986. American University Journal of Administrative Law, vol. 1, n° 1. 1987.

<sup>39</sup>Dicha recomendación busca ayudar a las agencias a servirse de neutrales cualificados que proporcionen sus servicios en el uso de estas técnicas, aconseja a éstas y las anima en la formación de los empleados federales en esta función, recomienda el establecimiento de listas de posibles neutrales y aconseja sobre la contratación de neutrales privados. Pou, Charles; *Federal Agency use of ADR: the experience to date*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 110. ACUS, Office of the Chairman; *An overview of federal agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Op. cit. págs. 414 y 415. Véase el informe que sirvió de base a esta recomendación, Ruttinger, George; *Acquiring the services of neutrals for alternative means of dispute resolution and negotiated rulemaking*. Background report for Recommendation 86-8. Report to the Administrative Conference of the United States. November 19, 1986. A.C.U.S., Annual Report, 1986.

<sup>40</sup> Véase el informe que sirvió de base a dicha recomendación, Bruff, Harold H.; *Public programs, private deciders: the constitutionality of arbitration in federal programs*. En Administrative Conference of the United States; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Op. cit. págs. 7 a 42. También en Texas Law Review, vol. 67, n° 3. 1989. Págs. 441 a 497.

<sup>41</sup> Véase el informe que sirvió de base a esta recomendación, Crowell, Eldon H. y Pou, Charles Jr.; *Appealing Government contract decisions: reducing the cost and delay of procurement litigation with alternative dispute resolution techniques*. Maryland Law review, vol. 49, n° 1. 1990. Págs. 183 a 254.

*use of settlement judges*. 1988<sup>42</sup>.

- Administrative Conference of the United States; *Recommendation 88-11: Encouraging settlements by protecting mediator confidentiality*. 1988<sup>43</sup>.

- Administrative Conference of the United States; *Recommendation 89-2: Contracting officers' management of disputes*. 1989<sup>44</sup>.

- Administrative Conference of the United States; *Recommendation 95-6: ADR Confidentiality and the Freedom of Information Act*. 1995<sup>45</sup>.

Pese al trascendental papel desempeñado por la A.C.U.S. en el ámbito administrativo estadounidense durante más de treinta años, el Congreso norteamericano dio por terminadas sus funciones en el Título 4 de la *Treasury, Postal Service and General Government Appropriations Act* de 1995, (Ley Pública 104-52, de 19 de noviembre)<sup>46</sup>. Las razones argumentadas para ello, de carácter presupuestario, no resultan convincentes dado que la labor que la A.C.U.S. realizaba era fundamental para la puesta en práctica de esta política de promoción de los medios alternativos de resolución de conflicto, y, en general, para la mejora del funcionamiento de las agencias

---

<sup>42</sup> Véase el informe que sirvió de base a la presente recomendación, Joseph, Daniel and Gilbert, Michelle L.; *Breaking the settlement ice: the use of settlement judges in administrative proceedings*. Report to the Administrative Conference of the United States. May 20, 1988. A.C.U.S., Recommendations and Reports. 1988.

<sup>43</sup> Véase el informe que sirvió de base a dicha recomendación, Harter, Philip J.; *Neither cop nor collection agent: encouraging administrative settlements by ensuring mediator confidentiality*. Report to the Administrative Conference of the United States. November 15, 1988. A.C.U.S., Recommendations and Reports. 1988.

<sup>44</sup> Véase el informe que sirvió de base a la presente recomendación, Bednar, Richard J.; *Government contracting officers should make greater use of ADR techniques in resolving contract disputes*. Administrative Conference of the United States. March, 1989.

<sup>45</sup> Véase el informe que sirvió de base a esta recomendación, Grunewald, Mark H.; *Report for Recommendation 95-6: Freedom of information and confidentiality under the Administrative Dispute Resolution Act*. The Administrative Law Journal of the American University. Vol. 9, n° 4. 1996. Págs. 985 a 1005.

<sup>46</sup> En el Título 4 de dicha Ley, relativo a los presupuestos de las agencias independientes, se asignan 600.000\$ a la extinción de la A.C.U.S. antes del 1 de febrero de 1996. El volumen 30, n° 1, 1998 de la revista estadounidense *Arizona State Law Journal* está dedicado monográficamente a la A.C.U.S. y a las razones de su supresión. En este número se habla de la A.C.U.S., sus funciones, su historia y las razones de esta eliminación (aparentemente por falta de recursos económicos, pero su mantenimiento no resultaba excesivamente costoso y su utilidad en la mejora del procedimiento administrativo y de la eficacia en el funcionamiento de las agencias era importantísimo). Sobre las consecuencias de esta desaparición véase Ward, Margaret; *Public Fuss in a private forum*. Harvard Negotiation Law Review, vol. 2. 1997. Pág. 224 a 226.

federales.

## **B) LA ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT DE 1990.**

Siguiendo las recomendaciones de la A.C.U.S., el 12 de abril de 1988 el senador GRASSLEY introdujo en el Senado un proyecto de Ley que llevaba por título *Administrative Dispute Resolution Act of 1988*, (S. 2274), con la intención de dar cobertura legal a la utilización del ADR por las agencias federales. Un proyecto idéntico fue introducido en la Casa de los Representantes por el Diputado PEASE, (H.R. 5101). Sin embargo, ninguno de estos proyectos llegó a ser objeto de discusión ante las Cámaras<sup>47</sup>. Tras realizar distintas modificaciones y recibir numerosos apoyos, el senador GRASSLEY presentó al Senado una nueva versión revisada de su proyecto, que tras muchas discusiones y la exigencia de un período de prueba de 5 años vio finalmente la luz como la *Administrative Dispute Resolution Act of 1990*, (Ley Pública 101-552, de 15 de noviembre)<sup>48</sup>.

En respuesta a la Recomendación 86-3 de la A.C.U.S., la Ley vino a amparar legalmente la utilización de medios alternativos a los judiciales para la resolución de las controversias en que intervengan las agencias federales o el gobierno. Así, esta ley autoriza y anima a las agencias federales al uso de la mediación, conciliación, arbitraje y otras técnicas para la rápida e informal resolución de los conflictos<sup>49</sup>. Para ello, la Ley

---

<sup>47</sup> Pou, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook*. Second Edition. Administrative Conference of the United States. Office of the Chairman. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1992. Págs. 235 y 236.

<sup>48</sup> Pou, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook*. Op. cit. págs. 235 y 236. Susskind, L. E., Babbitt, E. F. y Segal, P. N.; *When ADR becomes the law: a review of Federal Practice*. Negotiation Journal, vol. 9. 1993. Págs. 62 y 63. Una de las peculiaridades fundamentales de la Ley de 1990 es su cláusula de vigencia por 5 años. Esta "sunset provision", prevista en su sección 11, es fruto de las reticencias que despertaba la Ley entre algunos parlamentarios, que trataron así de asegurarse su control ulterior.

<sup>49</sup> del Olmo Alonso, Jesús; *La legislación sobre modos alternativos de resolución de conflictos administrativos en los Estados Unidos de América*. JA, nº 4. 1999. Pág. 275. Este trabajo presenta la legislación existente en la materia incorporando las modificaciones efectuadas por la *ADR Act* de 1996. Bingham, Lisa B.; *Alternative Dispute Resolution in Public Administration*. En Cooper, Phillip J. y Newland, Chester A. (Editors);

introduce en el Capítulo 5 del Título 5 del Código de los Estados Unidos, relativo al procedimiento administrativo, un Subcapítulo 4, en el que se regula el empleo de estas técnicas, (especialmente del arbitraje administrativo).

De gran interés resultan los motivos que sirvieron de base al Congreso para llevar a cabo esta importante innovación legislativa<sup>50</sup>:

«1) El procedimiento administrativo, como recoge el capítulo 5 del Título 5, del Código de los Estados Unidos, y otras leyes, tiende a ofrecer unos mecanismos rápidos, técnicos y económicos de resolución de conflictos como alternativa a la litigiosidad en los Tribunales federales.

2) Los procedimientos administrativos se han convertido en crecientemente formales, costosos y duraderos, provocando innecesarios gastos de tiempo y haciendo cada vez más improbable el alcanzar una resolución consensuada de las disputas.

3) Los medios alternativos de resolución de conflictos han sido usados en el sector privado durante muchos años y, en las adecuadas circunstancias, han producido decisiones que eran más rápidas, menos costosas y menos controvertidas.

4) Los mencionados medios alternativos pueden conducir a resultados más creativos, eficientes y razonables.

5) Dichos medios alternativos pueden ser utilizados de manera ventajosa en una amplia variedad de programas administrativos.

6) La explícita autorización para el uso de estas técnicas suficientemente contrastadas de resolución de conflictos eliminará la

---

*Handbook of Public Law and Administration*. Jossey-Bass Publishers. San Francisco, 1997. Págs. 548 y 549. Véase también el excelente trabajo realizado por el Profesor DELGADO PIQUERAS: *La «Administrative Dispute Resolution Act» de los Estados Unidos: Introducción, Traducción y Notas*. RAP, nº 131. 1993. Págs. 557 a 585.

<sup>50</sup> del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. págs. 275 y 276. Véase también Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. págs. 570 a 571.

ambigüedad de la autoridad de las agencias de acuerdo con la legislación hasta ahora existente.

7) Las agencias federales no solamente pueden recibir el beneficio de estas técnicas que fueron desarrolladas en el sector privado, sino que además deben tomar la iniciativa en su posterior desarrollo y perfeccionamiento.

8) La disponibilidad de un amplia variedad de procedimientos de resolución de conflictos, y la creciente mentalización de un uso más efectivo de los mismos mejorará la actuación del Gobierno y proporcionará un mejor servicio público».

La Ley, pues, no sólo anima a las agencias a utilizar estos métodos, sino que las encomienda la misión de impulsar su desarrollo. Así, la Ley ordena a las agencias elaborar un programa dirigido a la implantación del ADR en su actividad ordinaria, designar un alto funcionario como especialista que se encargue del seguimiento de dicho programa, formar oportunamente a sus funcionarios, y revisar los procedimientos sobre concesiones y contratos para estimular el uso de estos medios alternativos de resolución de conflictos<sup>51</sup>.

La *Administrative Dispute Resolution Act* configura el recurso a estos medios de resolución de conflictos como facultativo y voluntario, exigiendo el acuerdo previo de las partes. Los considera como complementarios de otras técnicas de resolución, y, además, realiza una delimitación negativa de su utilización, al indicar a las agencias los casos en que éstos no resultan adecuados. Así, aunque en ningún momento la Ley

---

<sup>51</sup> Sección 3 de la Ley. Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. págs. 276 a 278. Véase también Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. págs. 571 y 572. Susskind, L. E., Babbitt, E. F. y Segal, P. N.; op. cit. pág. 60. Como ejemplo de estos programas puede verse el desarrollado por la Fuerza Aérea de los Estados Unidos. <http://www.adr.af.mil/main.htm>.

prohíbe su uso, las agencias han de considerar no acudir a estos mecanismos cuando<sup>52</sup>:

«1) Una resolución definitiva o interpretativa del asunto es requerida con valor de precedente, y resulta improbable que dicho procedimiento sea aceptado generalmente como un precedente interpretativo.

2) La cuestión implica o puede afectar a cuestiones significativas de política del Estado que requieran procedimientos adicionales antes de que una resolución final sea adoptada, y el mencionado procedimiento no serviría probablemente para desarrollar una política recomendada por la agencia.

3) El mantenimiento de políticas establecidas resulta de especial importancia, de modo que las diferencias entre las decisiones individuales no se vean aumentadas y el mencionado procedimiento no alcanzaría probablemente resultados homogéneos entre las decisiones individuales.

4) El asunto afecta significativamente a personas u organizaciones que no son partes en el procedimiento.

5) Un completo expediente público del procedimiento es de especial importancia, y un procedimiento de resolución de conflictos no es susceptible de proporcionarlo.

6) La agencia debe mantener jurisdicción continuada sobre la cuestión con autoridad para alterar la disposición del asunto a la luz del cambio de las circunstancias, y un procedimiento de resolución de conflictos interferiría con el cumplimiento por la agencia de ese requerimiento».

Para llevar a cabo las directrices de la Ley, las agencias podían ser asistidas por

---

<sup>52</sup> Sección 572.b) del Título 5 U.S.C. Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. págs. 281 y 282. Véase también Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 574. Pou, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook*. Op. cit. págs. 229 y 230.

la A.C.U.S. y por el Servicio Federal de Mediación y Conciliación (F.M.C.S.). La Ley reconocía así el relevante papel y los esfuerzos llevados a cabo en este ámbito por la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos, a quien consolidaba como órgano de coordinación y de apoyo a las agencias. La Ley también encargaba a su secretario la recopilación y conservación de información sobre el uso de estos medios por las agencias, con lo que confiaba su seguimiento al órgano más especializado. Por otro lado, el *Federal Mediation and Conciliation Service* es una agencia independiente que interviene en el marco de las relaciones laborales y que cuenta con una amplia experiencia en mediación, conciliación y otras técnicas<sup>53</sup>. Por ello la sección 7 de la *ADR Act* de 1990 modificó la sección 203 de la Ley de Relaciones Laborales (*Labor Management Relations Act* de 1947, 29 U.S.C. § 173) permitiendo que este Servicio esté a disposición de las agencias federales para ayudar en la resolución de conflictos. Así, entre otras, debe desempeñar las siguientes funciones: asistir a las partes en los conflictos relacionados con los programas administrativos; formar a personas interesadas en las técnicas y procedimientos empleados en los medios alternativos de resolución de conflictos; y proporcionar funcionarios y empleados del Servicio para actuar como neutrales<sup>54</sup>.

Dentro del Subcapítulo 4 del Capítulo 5 del Título 5 U.S.C., la ley introduce una completa regulación sobre la figura del neutral, aborda el problema de la

---

<sup>53</sup> Sobre el Servicio Federal de Mediación y Conciliación véanse McMurray, Kay; *The Federal Mediation and Conciliation Service*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; *Sourcebook: Federal Agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Op. cit. págs. 507 a 512. Smith, William F.; *Alternative means of dispute resolution: practices and possibilities in the federal government*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 173. Harter, Philip J.; Thomas, Lee M.; McMurray, Kay, Fleming, Robben W. y Millhauser Marguerite; *Institutionalizing Alternative Dispute Resolution: Where does the Government go from here?*. In *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987. Págs. 515 a 518. Por otra parte, la *American Arbitration Association* es una organización fundada en 1926 que ha estado muy implicada en el desarrollo de los procedimientos de ADR en la Administración y que cuenta con amplia experiencia en la materia. Este organismo también puede prestar su apoyo a agencias y particulares. American Arbitration Association; *Mini-Trial Procedures*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 672. Consúltese su página <http://www.fmcs.gov/internet/>.

<sup>54</sup> del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 293. Véase también Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. págs. 582 y 583.



confidencialidad y detalla el régimen del arbitraje administrativo. También aborda el problema de la representación de las partes y lleva a cabo sendas modificaciones de otras leyes anteriores para permitir el uso de estos métodos en aquellos sectores donde pueden ser ampliamente utilizados. Así su sección 6 modifica la *Contract Disputes Act* de 1978 en materia de contratos públicos, y su sección 8 modifica la sección 2672 del Título 28 en materia de responsabilidad del Estado<sup>55</sup>. Todas estas cuestiones serán tratadas en profundidad posteriormente.

Este primer y valioso texto legislativo se vio actualizado por la *Administrative Procedure Technical Amendments Act de 1991* (Ley Pública 102-354, de 26 de agosto de 1992), que realizó pequeñas modificaciones y correcciones de errores en la *ADR Act* de 1990<sup>56</sup>. Por otra parte, el Presidente BUSH quiso mostrar su apoyo a la promoción del ADR en el ámbito administrativo mediante la *Executive Order 12.778* de 1991<sup>57</sup>.

### **C) LA ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT DE 1996.**

En 1996 y ante la necesidad de renovar la vigencia de la antigua *ADR Act* de 1990, cuyo período de prueba de cinco años previsto en su sección 11 había ya concluido, vio la luz la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 (Ley Pública 104-320, de 19 de octubre). El objetivo principal de esta Ley era, por tanto, dotar de vigencia indefinida a la *ADR Act* de 1990, reautorizando el uso permanente de los medios

---

<sup>55</sup> del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. págs. 292 a 294. Véase también Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. págs. 582 a 584.

<sup>56</sup> Al incorporarse ésta al U.S.C., la *Administrative Procedure Technical Amendments Act* modificó la numeración de las secciones y subcapítulos del Capítulo 5 del Título 5 U.S.C., así como de sus epígrafes, haciendo una exposición más sistemática de sus contenidos.

<sup>57</sup> The U.S. President: *Executive Order 12778 of October 23, 1991*. Federal Register, vol. 56, nº 207. Presidential Documents. Friday, October 25, 1991. Esta Orden, que lleva a cabo una reforma de la Justicia Civil, intenta, entre otras cosas, facilitar la justa y eficiente resolución de las demandas civiles en las que el gobierno de los Estados Unidos se vea implicado. Para ello promueve el empleo de métodos de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial cuando su uso resulte apropiado. Únicamente realizó una pequeña excepción en el fomento de las técnicas de ADR al prohibir el arbitraje vinculante por motivos constitucionales. Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; op. cit. pág. 818.

alternativos de resolución de conflictos que tanto éxito habían tenido durante el mencionado período de prueba<sup>58</sup>. Se consolidaba así el papel de estas técnicas en el arreglo eficaz de las controversias administrativas y en la reducción de la enorme litigiosidad judicial. Además, con esta reforma se pretendía subsanar los defectos detectados en la aplicación de la Ley y actualizar sus contenidos. Entre sus modificaciones destacan dos:

a) La revisión y actualización del articulado de la Ley como consecuencia de la incomprensible y contradictoria desaparición de la A.C.U.S. a finales de 1995<sup>59</sup>. Tras la nueva Ley, el Presidente de los Estados Unidos «deberá designar una agencia, o designará o establecerá una comisión que represente a distintas agencias, para facilitar y fomentar el uso por éstas de la resolución de conflictos ... Dicha agencia o comisión entre agencias, en consulta con las agencias federales adecuadas y con organizaciones profesionales experimentadas en los asuntos relativos a la resolución de conflictos, deberá:

1) Promover y facilitar el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos por las agencias.

2) Desarrollar procedimientos que permitan a las agencias obtener los servicios de neutrales de una forma rápida<sup>60</sup>».

En un principio, la agencia (o comisión de agencias), que debería continuar con

---

<sup>58</sup> Véase Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; op. cit. pág. 819. Según estos autores, el ADR, cuando su utilización resulta conveniente, proporciona una solución aceptable para la agencia y para las partes afectadas. Ahora bien, la nueva Ley intenta conducir a la puesta en práctica de unos mecanismos más formales y por ello ha excluido las negociaciones informales del ámbito de aplicación de la Ley. Ward, Margaret; *Public Fuss in a private forum*. Op. cit. pág. 223. Por ofrecer una visión general de la Ley de 1996 y su aplicación práctica, deben tenerse en cuenta Breger, Marshall J.; *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 and the Private Practitioner*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001. Págs. 1 a 34. Liff, Diane R.; *Administrative Dispute Resolution Act of 1996. Text and Section-By-Section Commentary*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. Op. cit. págs. 35 a 74.

<sup>59</sup> Véase el párrafo final del epígrafe A) de este Capítulo.

<sup>60</sup> Sección 573.c) del Título 5 U.S.C. Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 282.

las funciones que en este ámbito llevaba a cabo la A.C.U.S., no fue nombrada, por lo que el Servicio Federal de Mediación y Conciliación y el Departamento de Justicia intentaron, sin mandato legal, sin fondos y con personal limitado, ayudar en la aplicación de la Ley y en la formación de neutrales<sup>61</sup>. Posteriormente, el Presidente CLINTON encargó al *Department of Justice* la dirección de un comité o grupo de trabajo, en el que han participado los representantes de las distintas agencias, con el objetivo de impulsar, de acuerdo con la nueva Ley, la utilización de las técnicas de ADR por el Gobierno<sup>62</sup>. El Presidente ordenó al grupo de trabajo, (*Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group*, presidido por el *Attorney General*), que coordinase y facilitase el desarrollo por las agencias de programas sobre uso de los medios alternativos de resolución de conflictos, formación del personal, elaboración de procedimientos de selección de neutrales y evaluación de resultados. Este grupo de trabajo designó posteriormente un Comité de Dirección compuesto por empleados federales con experiencia en ADR y estableció una Comisión Federal de ADR (*Federal Alternative Dispute Resolution Council*) formada por altos funcionarios y presidida por el *Attorney General* para dictar instrucciones y orientaciones en la materia. Con mayores limitaciones, el *Department of Justice* ha desempeñado una importante función en la promoción del ADR, aunque resultaba más aconsejable el mantenimiento de la A.C.U.S., que había trabajado intensamente en esta difícil tarea. En cualquier caso, en estos momentos el *Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group* ha recibido importantes apoyos presupuestarios y se ha consolidado como el órgano de seguimiento y coordinación de la puesta en práctica de programas ADR por las agencias federales. Afortunadamente, el IADRWG, ha dado un nuevo impulso al uso de medios alternativos en la solución de conflictos administrativos y mantiene información actualizada<sup>63</sup> sobre distintos temas de interés: formación del personal, selección de neutrales,

---

<sup>61</sup> Ward, Margaret; op. cit. pág. 225.

<sup>62</sup> Clinton, William J.; *Memorandum on Agency Use of Alternate Means of Dispute Resolution and Negotiated Rulemaking*. Administration of William J. Clinton, 1998. 1 de mayo. Págs. 749 y 750. Véase la página <http://www.usdoj.gov/adr/>.

<sup>63</sup> Véase la web del IADRWG en <http://www.usdoj.gov/adr/>.

confidencialidad, uso del arbitraje, resultados de los programas federales de ADR, documentación, direcciones de contacto, etc.

b) La reparación de un defecto importante, al suprimirse la potestad del responsable de la agencia para finalizar el procedimiento arbitral o anular el laudo antes de que se convirtiese en definitivo. Así, La sección 8.a) de la *ADR Act* de 1996 ha suprimido las subsecciones c), f) y g) de la sección 580 del Título 5 U.S.C., que habían sido muy polémicas en cuanto, al permitir a la agencia la terminación del procedimiento arbitral en que era parte o la anulación del laudo en él emitido antes de que fuera definitivo (transcurridos 30 días desde que fue comunicado a las partes), generaban mucha desconfianza entre los particulares. Para fomentar el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos se ha optado por suprimir dicha prerrogativa y ahora el laudo definitivo es vinculante para todas las partes<sup>64</sup>.

Además, la Ley ha efectuado otras modificaciones: mejora en la regulación de la confidencialidad (al aumentar su protección)<sup>65</sup> y del recurso al arbitraje vinculante; la asignación de los fondos que resulten necesarios para llevar a cabo los propósitos del Subcapítulo 4 del Capítulo 5 del Título 5 U.S.C.; y algunos retoques en materia de contratación administrativa.

Al igual que ocurrió con la *ADR Act* de 1990, el Presidente CLINTON intentó impulsar el desarrollo de los métodos alternativos de resolución de conflictos mediante la Executive Order 12.988 de 1996<sup>66</sup>, que revoca la Executive Order 12.778.

---

<sup>64</sup> del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 289. Véase Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. págs. 567 y 568.

<sup>65</sup> Se excluyen de revelación bajo la *Freedom of Information Act* numerosas comunicaciones, lo que permite una mayor libertad de las partes a la hora de negociar y de expresar sus posiciones. Pou, Charles Jr.; *Reauthorized laws show Governments's ADR confort level is increasing*. Alternatives to the high cost of litigation. CPR Institute for Dispute Resolution, vol. 15, n° 2. February 1997. Pág. 15. Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; op. cit. pág. 819.

<sup>66</sup> The U.S. President: *Executive Order 12988 of february 5, 1996*. Federal Register, vol. 61, n° 26. Presidential Documents. Wednesday, February 7, 1996. Esta Orden lleva a cabo una reforma de la Justicia Civil en términos parecidos a la Orden del presidente BUSH. Así, intenta, entre otras cosas, mejorar el acceso a la justicia de todas las personas y facilitar la justa y eficiente resolución de las demandas civiles en las que el gobierno de los Estados

**D) LA MERIT SYSTEMS PROTECTION BOARD ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT DE 2001.**

En la actualidad, reforzando el relevante papel que estos mecanismos alternativos tienen en la resolución de conflictos administrativos norteamericanos, se encuentra en avanzado proyecto la *Merit Systems Protection Board Administrative Dispute Resolution Act* de 2001<sup>67</sup>. Esta Ley va a introducir una nueva sección 585 en el Título 5 U.S.C. con el fin de encargar al *Merit Systems Protection Board* la puesta en marcha de un programa piloto que promueva la utilización de las técnicas de ADR por las agencias federales del gobierno en la resolución de los litigios surgidos en materia de personal, incluyendo traslados y suspensiones durante más de 14 días. Para ello dicho Consejo deberá<sup>68</sup>, en un período de 3 años, poner a prueba y evaluar la utilización de los distintos mecanismos de resolución alternativa de conflictos en los asuntos de personal que afecten a las agencias federales, determinando si ello constituye un medio efectivo de reducir la litigiosidad ante los Tribunales de Justicia. Ciento ochenta días antes de la finalización del período de tres años, el Consejo estará obligado a entregar un informe completo al Presidente y al Congreso, en el que, además de examinar la efectividad del programa, sus costes, resultados y el grado de satisfacción de las partes, deberá pronunciarse sobre si el programa debe convertirse en permanente y llevar a cabo recomendaciones con los posibles cambios a efectuar.

---

Unidos se vea envuelto. Para ello promueve el empleo de métodos de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial cuando su uso resulte apropiado. Harter, Philip J.; *Fear of Commitment: an affliction fo adolescents*. *Duke Law Journal*, vol. 46, n° 6. 1997. Pág. 1413. Ward, Margaret; op. cit. pág. 226. Al revocar la *Executive Order 12.778* de 1991, anula la prohibición del arbitraje vinculante o técnicas equivalentes, por lo que al no contener mención al respecto, la nueva Orden parece amparar un uso sin restricciones del mismo, aunque el gobierno federal lo usa con gran cautela. Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; op. cit. pág. 818. Véase también la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998 (Ley Pública 105-315, de 30 de octubre, secciones 651 a 658 del Título 28 U.S.C.).

<sup>67</sup> La *Merit Systems Protection Board Administrative Dispute Resolution Act*, de 23 de mayo de 2001 (107th Congress, 1st session, H.R. 1965), viene precedida de otro proyecto anterior que, con el mismo fin, pensaba introducir la sección 1207 en el Capítulo 12 del Título 5 U.S.C. (*Bill to amend title 5, United States Code, to authorize the Merit Systems Protection Board to conduct an alternative dispute resolution pilot program to assist Federal Government agencies ...*, de 24 de septiembre de 1999, 106th Congress, 1st session, H.R. 2946).

<sup>68</sup> Para realizar esta labor la Ley asigna al Consejo las sumas que resulten necesarias en cada uno de los tres años y garantiza que su presupuesto por otros conceptos no se verá reducido.

El propósito de esta Ley es afianzar e impulsar a las agencias federales en el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos enunciados en la *Administrative Dispute Resolution Act*. Ello es debido a que los litigios en materia de personal no sólo se prolongan demasiado en el tiempo y malgastan los recursos del gobierno, sino que también distraen a los cargos y empleados públicos de sus principales funciones de trabajo. Por contra, las técnicas de ADR han resultado útiles en la resolución de una amplia variedad de controversias, en las que no ha resultado necesario acudir a la vía judicial, la solución ha sido rápida, y se han mejorado las relaciones y aumentado la comunicación entre las partes, evitándose así un largo y costoso enfrentamiento.

El Consejo, cuenta con neutrales<sup>69</sup> que poseen experiencia tanto en técnicas de ADR como en cuestiones de personal y, entre sus deberes, destaca el de establecer unos criterios que sirvan para determinar en qué casos es conveniente el uso de estos mecanismos, (entre los que la Ley cita el arbitraje administrativo no vinculante, y la mediación efectuada por particulares, personal de otras agencias o del propio Consejo). Cualquier agencia o empleado público puede proponer a la otra parte la puesta en marcha de un procedimiento de resolución alternativa de conflictos. El Consejo, siempre previa demanda conjunta de las partes, habrá de determinar que su utilización resulta adecuada en el caso concreto. Dicho procedimiento es, además confidencial, no pudiéndose efectuar revelación alguna posteriormente. Las partes podrán retirarse del mismo en cualquier momento.

Este programa piloto constituye, hasta ahora, la última intervención legislativa en relación con el fomento de la resolución de controversias mediante técnicas de ADR, con vistas a aliviar el ingente trabajo de los Tribunales. La técnica de los programas piloto resulta muy acertada, en mi opinión, y, sin ninguna duda, con las oportunas

---

<sup>69</sup> El Consejo deberá, además, desarrollar un programa de formación que asegure que los particulares seleccionados por él para servir como neutrales en este programa tienen conocimientos suficientes sobre los asuntos que ante éste se plantean y están especializados en la práctica de la mediación u otras figuras de ADR, (Section 585.c).5 U.S.C.).

modificaciones, el programa se consolidará tras el período de 3 años.

## **CAPÍTULO III. ESTUDIO DE LOS MEDIOS**

### **ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE**

### **CONFLICTOS MÁS IMPORTANTES.**

El Subcapítulo 4 del Capítulo 5 del Título 5 del Código de los Estados Unidos, recoge, apoyándose en otras disposiciones complementarias, la regulación sustantiva de los medios alternativos de resolución de conflictos. A continuación realizaremos una explicación genérica de los más importantes.

#### **A) CLASIFICACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS.**

Muchas son las clasificaciones que se pueden llevar a cabo de estos métodos, especialmente si tenemos en cuenta que éstos son muy numerosos y que se pueden combinar unos con otros en función de la voluntad de las partes. Podemos, destacar aquellas que distinguen entre modos:

- Adjudicatorios (o decisorios) y no adjudicatorios (o consultivos). En los primeros, el caso se presenta a uno o varios neutrales y estos terceros imparciales son los que toman la decisión, que puede ser vinculante o no, (arbitraje, por ejemplo). En los segundos, el tercero no tiene autoridad para decidir sino que esta facultad corresponde a las partes. Su misión en el proceso consiste en ayudarlas a alcanzar un acuerdo (mediación, conciliación etc.). En algunos casos el neutral podrá ofrecer una solución de carácter meramente consultivo. Al fomentar el mutuo acuerdo y la participación en



el proceso, estos procedimientos mantienen la buena relación entre las partes de cara al futuro<sup>70</sup>.

- Vinculantes y no vinculantes, en función de si las partes están obligadas o no a aceptar la decisión del tercero. En aquellos casos en que la decisión del neutral no es vinculante, ésta es un mero consejo o propuesta.

- Voluntarios y preceptivos (u obligatorios). Recordemos que uno de los principios básicos del ADR es precisamente el de voluntariedad, dado que una correcta solución descansa, en buena medida, en el deseo de las partes de resolver conjuntamente el problema. El acuerdo por el que las partes deciden recurrir voluntariamente a estos mecanismos para resolver el conflicto ha de tener un carácter contractual, para garantizar así una indemnización en caso de incumplimiento por la otra parte. En casos muy concretos, puede que una norma imponga el recurso a estos medios, en cuyo caso deberá garantizar la revisión judicial de la decisión adoptada. Resulta preferible, sin embargo, un recurso voluntario de cara a la mejor resolución de la disputa.

- De Derecho y de Equidad. En virtud de la especialidad de las relaciones administrativas, donde la Administración está vinculada por el principio de legalidad en su misión de defender el interés general, nos encontraremos en la mayoría de los casos ante medios en los que las decisiones son adoptadas en base a las fuentes del Derecho existentes. Sin embargo, en determinados casos puede que, teniendo o no en cuenta las normas jurídicas, la decisión se tome en base a la equidad o consideración de lo justo para el caso concreto.

- Formales e informales. La *ADR Act* de 1996 viene a excluir de su ámbito de aplicación aquellas negociaciones informales entre las partes de cara a obtener una solución amistosa. Por contra, la Ley ampara el uso de aquellos medios alternativos que cuentan con un procedimiento formalizado o cuya práctica ha sido fomentada por las agencias encargadas del apoyo a la implantación del ADR en la esfera administrativa<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Grenig, Jay E.; op. cit. § 1.1.

<sup>71</sup> La sección 571 del Título 5 U.S.C., tras la última modificación llevada a cabo por la *ADR Act* de 1996 en la que excluye las negociaciones informales, afirma: «Medios Alternativos de Resolución de Conflictos» significa cualquier procedimiento que es usado para resolver asuntos en controversia, incluyendo, pero no limitándose a,

- Generales y específicos. Los primeros son aquellos que las partes pactan para los conflictos que, de una o varias relaciones jurídicas, puedan surgir en un futuro entre ellas. El momento de celebración del acuerdo de las partes es anterior al del nacimiento de la controversia (por ejemplo, la cláusula compromisoria). Por otro lado están aquellos acuerdos que tienen por objeto someter a un determinado procedimiento la resolución de un litigio concreto que ha surgido con anterioridad o que pueda surgir en el futuro.

## **B) ARBITRAJE.**

### **a) Concepto, modalidades y autorización del arbitraje.**

El arbitraje es un procedimiento bastante parecido a un juicio en el que una tercera parte neutral decide el asunto que le ha sido sometido tras revisar las pruebas y escuchar los argumentos de las partes. Puede ser vinculante para las partes, (si ellas lo acuerdan o la ley lo exige), o no vinculante, en cuyo caso la decisión es meramente consultiva. El arbitraje puede ser voluntario, si las partes acuerdan resolver sus controversias mediante este método, o puede resultar obligatorio, si este procedimiento es el único permitido<sup>72</sup>. Por tanto, el arbitraje es un procedimiento adjudicatorio distinto al judicial en el que un tercero, tras tener en cuenta los argumentos de las partes y las pruebas aportadas, resuelve el conflicto emitiendo un laudo basado en Derecho.

De la presente definición y de la regulación del arbitraje en la legislación

---

conciliación, facilitación, mediación, determinación de hechos, mini-juicios, arbitraje y uso del defensor del pueblo y otras figuras afines, o cualquier combinación de los anteriores».

<sup>72</sup> Definición ofrecida por la A.C.U.S., que en su Recomendación 86-3 realiza una definición de los medios alternativos de resolución de conflictos. Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986. Véase también Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 566. Esta recomendación analiza también los factores que permiten o desaconsejan el arbitraje, entre los que destaca el uso del arbitraje para aquellos casos en que la elección de un tercero con conocimientos técnicos puede facilitar la solución del problema.

americana se pueden deducir distintos tipos de arbitraje<sup>73</sup>:

- Arbitraje voluntario u obligatorio. Aunque la definición de la A.C.U.S. contempla la existencia de este último, lo cierto es que la *ADR Act* exige acuerdo de ambas partes para permitir el recurso al arbitraje (sección 575.a.1 del Título 5 U.S.C.).

- Vinculante y no vinculante. Las partes, cuando lo dispongan las leyes especiales o lo recojan en el acuerdo de arbitraje, quedarán vinculadas a la decisión final tomada por el árbitro y no podrán adoptar otra solución. Sin embargo, cuando se opte por el arbitraje consultivo o no vinculante, la decisión del tercero es una mera propuesta de la que las partes se podrán separar si lo estiman oportuno. Esta propuesta podrá servir como base para una posterior negociación<sup>74</sup>. Incluso, el cumplimiento de esta propuesta no vinculante del árbitro se puede incentivar con la introducción de una cláusula penal que afecte a quien la rechace<sup>75</sup>. Muchos Tribunales han adoptado el criterio de imponer un arbitraje consultivo como paso previo al proceso judicial con el fin, precisamente, de evitar el juicio y reducir así la lista de casos en espera de ser juzgados<sup>76</sup>.

- Arbitraje general, específico y condicionado. Las partes pueden adoptar el recurso a esta técnica heterocompositiva para todos los conflictos que, de sus relaciones jurídicas o de alguna de ellas, se puedan producir en un futuro (lo que se conoce como cláusula compromisoria). Sin embargo, cuando el arbitraje es específico, se pacta con el fin de resolver un conflicto concreto que se ha planteado ya o que puede plantearse en un futuro. Incluso, dentro de esta modalidad, existe lo que llamamos arbitraje

---

<sup>73</sup> Harter, Philip J.; *Points on a continuum: Dispute Resolution Procedures and the Administrative Process*. En Millhauser, Margarete S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 311.

<sup>74</sup> Bingham, Lisa B.; *Alternative Dispute Resolution in Public Administration*. Op. cit. pág. 557. Meek, Susan B.; *Alternative Dispute Resolution*. Op. cit. pág. 3.

<sup>75</sup> Véase Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.38. La penalidad a imponer podría consistir en el pago de los costes del arbitraje o de los honorarios de abogados.

<sup>76</sup> Este "*court-annexed arbitration*" constituye un intento real para la solución de la controversia, aunque tiene la desventaja de incrementar los costes y el tiempo del proceso si las partes rechazan el laudo. Bingham, Lisa B.; op. cit. pág. 559. El Departamento de Justicia norteamericano, que siempre ha apoyado el uso de estas técnicas, ha participado en varios programas piloto para el desarrollo de este arbitraje pre-judicial, que considera muy positivo si no es vinculante. Berg, Richard K.; *Legal and structural obstacles to the use of Alternative Dispute Resolution for claims for and against the Federal Government*. En Administrative Conference of the United States; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Op. cit. pág. 68.

condicionado, que es aquel cuya validez se condiciona a un elenco de posibles resultados definidos previamente por las partes<sup>77</sup>.

Junto a estas modalidades de arbitraje, existen algunas figuras híbridas que combinan esta técnica extrajudicial con otras. Así, se puede hablar de la Mediación-Arbitraje (*mediation-arbitration*, más conocida como *Med-Arb*) en la que las partes intentan solucionar una disputa mediante la mediación y pactan, para el caso de que ésta fracase, su solución mediante arbitraje<sup>78</sup>. También, se puede acudir a una determinación de hechos (*fact-finding*) con el fin de que unos expertos preparen un informe del asunto que servirá como base al procedimiento de arbitraje.

Respecto a su autorización, la sección 575 del Subcapítulo 4 del Capítulo 5 del Título 5 U.S.C.<sup>79</sup> exige el consentimiento de todas las partes. Con el fin de proteger esta voluntariedad la Ley censura el arbitraje que las agencias puedan imponer a las partes como condición para realizar un contrato u obtener una prestación. También impide que un funcionario o empleado de una agencia proponga el recurso al arbitraje para resolver un asunto determinado sin tener autoridad para ello. Finalmente, ante las reticencias

---

<sup>77</sup> La sección 575 del Subcapítulo 4 del Capítulo 5 del Título 5 U.S.C. establece que el consentimiento de las partes para acudir a un procedimiento arbitral "puede ser obtenido tanto antes como después de que haya surgido el asunto controvertido. Una parte puede acordar:

A) Someter solamente a arbitraje ciertos asuntos en conflicto.

B) El arbitraje con la condición de que el laudo debe estar dentro de una lista de posibles resultados.

... Cada acuerdo de arbitraje deberá especificar un límite máximo al laudo que puede ser emitido por el árbitro y podrá especificar otras condiciones limitando el ámbito de posibles resultados".

<sup>78</sup> Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.46 a 2.48. La mediación-arbitraje se desarrolla básicamente en dos etapas. Inicialmente un tercero intenta mediar para que las partes en conflicto alcancen un acuerdo. En caso de que esto no ocurra, el propio neutral, u otro previamente designado por las partes (ya que la imparcialidad del primero puede verse afectada al haber podido recibir informaciones confidenciales), emite una decisión tras escucharlas. Al igual que ocurre en el caso del arbitraje, ésta puede o no ser vinculante para las partes, pudiendo incluso las partes presentar al árbitro una lista de posibles soluciones.

<sup>79</sup> Resulta significativo que hasta esta autorización llevada a cabo por la *ADR Act*, no se hubiese introducido el arbitraje en el ámbito administrativo. A pesar de la obvia similitud con los conflictos del sector privado, el Congreso no impulsó la extensión de la *Federal Arbitration Act* (Ley Federal de Arbitraje) de 1925, recogida en el Título 9 U.S.C., a los conflictos administrativos. Incluso el Interventor General consideró que, a menos que existiera una específica habilitación legal, una agencia estatal no podía usar un árbitro privado en cualquier reclamación que afectase al Gobierno. Administrative Conference of the United States; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Op. cit. pág. v.

suscitadas hacia el arbitraje vinculante, la *ADR Act* de 1996 modificó la citada sección 575 para obligar al responsable de la agencia a emitir directrices sobre su uso apropiado, tras consultar con el *Attorney General* y tener en cuenta los criterios que la Ley establece sobre el no uso de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos.

### **b) La figura del árbitro.**

De acuerdo con los puntos 3 y 5 de la Recomendación 87-5<sup>80</sup>, la sección 577 del Título 5 U.S.C. garantiza a las partes su derecho a participar en la selección del árbitro, que deberá ser un neutral que cumpla los criterios de la sección 573<sup>81</sup>. Estas escogerán, bien directamente o bien entre una lista de posibles árbitros<sup>82</sup>, a una persona que sea de su confianza en función de su experiencia y, especialmente, de sus conocimientos técnicos<sup>83</sup>. Una vez nombrado, éste deberá poner en conocimiento de las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad y podrá abstenerse de conocer el asunto o ser recusado por éstas en caso de que exista razón para ello<sup>84</sup>. En ocasiones, las partes pueden nombrar un panel de árbitros, normalmente en número impar, que constituirán el Tribunal arbitral<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Administrative Conference of the United States. *Recommendation 87-5: Assuring the fairness and acceptability of arbitration in federal programs*. 1987. La A.C.U.S. aconsejaba al Congreso que las partes deberían tener la oportunidad de acudir voluntariamente al arbitraje y escoger el árbitro, asegurando no sólo su competencia sino también su neutralidad.

<sup>81</sup> Véase el epígrafe B) del Capítulo IV. La A.C.U.S. define al árbitro como una tercera parte neutral que emite una decisión sobre los asuntos en disputa tras recibir los argumentos y pruebas de las partes. Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-8: Acquiring the services of Neutrals for Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986.

<sup>82</sup> Algunas agencias e instituciones como la *American Arbitration Association (AAA)* o el *Federal Mediation and Conciliation Service* mantienen listas de árbitros cualificados y promulgan códigos de conducta y de procedimiento.

<sup>83</sup> Harter, Philip J.; *Points on a continuum*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. págs. 311, 312 y 336. Este especialista considera que es conveniente que el árbitro sea un individuo privado.

<sup>84</sup> Harter, Philip J.; *Points on a continuum*. Op. cit. pág. 337.

<sup>85</sup> Cooley, John W.; *Arbitration vs. Mediation - explaining the differences*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 183.

El árbitro cuenta con las facultades que le atribuye la sección 578: dirigir y regular el curso de las audiencias arbitrales; ocuparse de juramentos y declaraciones; exigir la asistencia de testigos y la práctica de pruebas en la audiencia conforme a las previsiones de la sección 7 del Título 9<sup>86</sup>; y emitir laudos.

### **c) El acuerdo de arbitraje.**

La sección 575 del Título 5 U.S.C. dispone que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Las partes podrán recurrir al procedimiento arbitral para resolver un conflicto concreto, o bien con vistas a solucionar las controversias que en el futuro puedan surgir, (cláusula compromisoria). Dicho acuerdo deberá especificar los criterios de selección del árbitro, las reglas de procedimiento, los plazos, un límite máximo al laudo que puede ser emitido por el árbitro (pudiendo incluso limitar el ámbito de posibles resultados<sup>87</sup>) y otras cuestiones que las partes estimen oportunas, (indemnizaciones por incumplimiento, penalidades por rechazo del laudo consultivo, etc.).

Sobre la ejecución de este acuerdo, la sección 576 del Título 5 U.S.C. establece:

«Un acuerdo para someter a arbitraje un asunto, al que sea de aplicación este subcapítulo, es ejecutable conforme a la sección 4 del Título 9<sup>88</sup>, y ninguna acción presentada para ejecutar dicho acuerdo deberá

---

<sup>86</sup> La sección 7 del Título 9 U.S.C. regula la realización en un procedimiento arbitral de citaciones a testigos o a otras personas que deban aportar documentos probatorios. Los árbitros pueden compeler a dichas personas para que comparezcan en la misma forma que se prevé respecto de los Tribunales de los Estados Unidos.

<sup>87</sup> Véase nota 77.

<sup>88</sup> El Título 9 U.S.C. recoge la *Federal Arbitration Act* (Ley Federal de Arbitraje) de 1925 con sus modificaciones posteriores. La sección 4 de este Título regula el procedimiento por el que cualquier parte agraviada por el incumplimiento, descuido o rechazo de otra al arbitraje acordado por escrito puede solicitar su ejecución ante el Juzgado de Distrito de los Estados Unidos que resulte competente, mediante una acción civil. Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 578. Tras oír a las partes, el Tribunal debe pronunciarse sobre si procede o no el arbitraje en los términos previstos por el acuerdo.

ser desestimada ni la ayuda para su presentación denegada en base a que es contrario a los Estados Unidos o que los Estados Unidos son una parte indispensable».

#### **d) El procedimiento de arbitraje.**

##### **d.1) Iniciación.**

Al procedimiento arbitral<sup>89</sup> se refiere la sección 579 del Título 5 U.S.C. Además de tratarse de un procedimiento voluntario, éste se caracteriza por las notas de celeridad y flexibilidad, notas que el árbitro deberá tener siempre bien presentes. Una vez que surge el conflicto y el árbitro es elegido, éste deberá fijar tiempo y lugar para celebrar la audiencia sobre el conflicto y lo deberá notificar a las partes con un mínimo de 5 días de antelación respecto de la misma. Las partes, por su parte, podrán fijar en el acuerdo de arbitraje las reglas de procedimiento que estimen convenientes así como las normas aplicables<sup>90</sup>.

En principio, el procedimiento será oral y no habrá expediente alguno. Sin embargo, las partes pueden solicitarlo para lo que deberán encargarse de la preparación de dicho expediente, notificarlo a las otras partes y al árbitro, suministrar copias a todos, y pagar todos los costes que del expediente se deriven, a menos que las partes acuerden otra cosa o el árbitro determine que los costes deben ser repartidos.

##### **d.2) Vista oral (*hearing*).**

Las partes en el procedimiento arbitral tienen derecho a ser oídas, a presentar

---

<sup>89</sup> Véase Cooley, John W.; *Arbitration vs. Mediation - explaining the differences*. Op. cit. págs. 182 a 184.

<sup>90</sup> Harter, Philip J.; *Points on a continuum*. Op. cit. págs. 311 a 313. La norma puede ser también el sentido de justicia propio del árbitro.

pruebas materiales sobre la controversia y a preguntar a los testigos en su comparecencia en la fase de audiencia<sup>91</sup>. La audiencia, que no será pública por el carácter privado del arbitraje, deberá realizarse con celeridad y de una manera informal. En ella el árbitro puede recibir cualquier prueba oral o documental<sup>92</sup>, excepto las que sean irrelevantes, inconsistentes, excesivamente repetitivas, o privilegiadas, en cuyo caso podrá excluirlas.

Tanto a lo largo del procedimiento, como a la hora de tomar su decisión, el árbitro deberá interpretar y aplicar las previsiones legales y reglamentarias que resulten relevantes, los precedentes legales y las directrices marcadas por los programas. Parece, pues, que la ley ha querido excluir el arbitraje de equidad.

### **d.3) Decisión.**

Conforme a la sección 579 del Título 5 U.S.C. el árbitro deberá emitir su laudo dentro de los treinta días siguientes a la finalización de la audiencia, (o de la fecha de presentación de cualquier documento autorizado por el árbitro, cuando dicha fecha sea posterior). Sin embargo, este plazo general no se aplicará cuando las partes acuerden cualquier otro límite de tiempo o la agencia establezca reglamentariamente un plazo diferente.

### **e) El laudo arbitral.**

La sección 580 del Título 5 U.S.C. establece que, a no ser que la agencia

---

<sup>91</sup> La sección 579 del Título 5 U.S.C., teniendo en cuenta los avances en el campo de las comunicaciones, establece en su letra c).2): «El árbitro puede, con el consentimiento de las partes, dirigir la totalidad o parte de la audiencia por teléfono, televisión, ordenador, u otros medios electrónicos, siempre que cada parte tenga la oportunidad de participar».

<sup>92</sup> Téngase en cuenta que el apartado d) de la sección 579 prohíbe, excepto acuerdo en contrario de las partes, que nadie realice al árbitro una comunicación fuera de la fase de audiencia que resulte relevante a los efectos del procedimiento. Si esta llegara a realizarse, el árbitro deberá asegurar la realización de un informe como pieza separada del expediente, y que se permite una oportunidad para su refutación. El árbitro puede pedir a la parte perjudicada por la comunicación que exponga los motivos por los que ésta no debería tenerse en cuenta.



disponga reglamentariamente otra cosa, el laudo<sup>93</sup> dictado en un procedimiento arbitral deberá incluir una exposición breve e informal de los criterios fácticos y jurídicos en que se basa dicho laudo, pero no se requerirán fundamentos de hecho o conclusiones jurídicas de manera formal.

Este laudo, que las partes vencedoras deberán presentar a todas las agencias relacionadas con el mismo (junto con prueba de la entrega a todas las partes), deberá ser definitivo<sup>94</sup> transcurridos 30 días desde que fue comunicado a todas las partes. Cualquier agencia que sea parte en el procedimiento puede ampliar ese período por otro adicional de 30 días, siempre que comunique dicha ampliación a las otras partes antes de la finalización del primer plazo de 30 días. Una vez que el laudo es definitivo, resulta vinculante para las partes y puede ser ejecutado<sup>95</sup> conforme a lo dispuesto en las secciones 9 a 13 del Título 9 U.S.C.<sup>96</sup>. Recordemos que si nos encontramos ante un arbitraje no vinculante, el laudo constituirá una mera propuesta de la que las partes se podrán separar libremente si no hubiese pacto en contrario.

Los efectos del laudo quedan limitados por el apartado d) de esta sección 580,

---

<sup>93</sup> La sección 571.4) del Título 5 U.S.C. establece: «*Laudo*» significa cualquier decisión de un árbitro que resuelva los asuntos en controversia».

<sup>94</sup> La sección 8.a) de la *ADR Act* de 1996 ha suprimido la posibilidad que tenía el responsable de la agencia que era parte en un procedimiento arbitral de finalizarlo o dejar sin efecto cualquier laudo elaborado conforme al mismo antes de que el laudo se convirtiese en definitivo, comunicándolo por escrito al resto de las partes, en cuyo caso el laudo se convertía en nulo e inválido. Las partes afectadas tenían derecho a una indemnización. Véase el epígrafe C) del Capítulo II.

<sup>95</sup> La sección 580 matiza que «ninguna acción presentada para ejecutar este laudo deberá ser desestimada ni la ayuda para su presentación denegada en base a que es contrario a los Estados Unidos o que los Estados Unidos son una parte indispensable».

<sup>96</sup> La sección 9 del Título 9 U.S.C. establece que, si las partes lo contemplan en el acuerdo de arbitraje, cualquiera de ellas puede solicitar, en el plazo de un año desde que se dictó el laudo, su confirmación por el Tribunal que en dicho acuerdo se designe, y en su defecto por el Juzgado de Distrito de los Estados Unidos en cuya jurisdicción se emitió el laudo. Dicho Tribunal deberá conceder esta especie de *exequátur* a menos que el laudo deba ser objeto de anulación o revisión (véanse las notas 88 y 98). Su resolución tendrá la misma fuerza y los mismos efectos que las emitidas durante un procedimiento judicial y deberá cumplirse en los mismos términos, (sección 13 del Título 9 U.S.C.).

según el cual éste no puede servir como *estoppel*<sup>97</sup> en otro procedimiento posterior y, además, no puede ser usado por una agencia como precedente o ser considerado de otra manera en otro procedimiento con el que no exista relación de hechos alguna.

Sobre su revisión judicial, la sección 581 viene a decir que cualquier persona afectada negativamente o agraviada por un laudo puede interponer una acción para su revisión, solamente cuando concurra alguna de las causas previstas en las secciones 9 a 13 del Título 9 U.S.C.<sup>98</sup>. Sin embargo, lo que no podrá ser objeto de revisión judicial es la decisión de una agencia para usar un procedimiento de resolución alternativa de conflictos, la cual es libre siempre que este recurso esté permitido por las normas legales y el procedimiento de toma de decisión por los órganos de la agencia sea válido<sup>99</sup>. A la inversa, la decisión por la que una agencia, pudiendo hacer uso de estos mecanismos, acude a la vía judicial no es susceptible de recurso alguno. La *Administrative Dispute Resolution Act* fomenta el uso de estas técnicas por las agencias, pero no lo impone<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> En *common law* existe el principio conocido como *estoppel* que hace referencia a la idea de que nadie debe poder beneficiarse de sus propias violaciones del derecho. Tomo la nota de Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 580.

<sup>98</sup> La sección 10 del Título 9 U.S.C. recoge en qué casos el Juzgado de Distrito de los Estados Unidos que resulte competente puede anular el laudo a solicitud de alguna de las partes: cuando en su elaboración haya existido fraude o corrupción; ante parcialidad o corrupción manifiesta de cualquiera de los árbitros; si éstos hubiesen rechazado conscientemente y sin causa justificada un aplazamiento de la audiencia o la presentación de una prueba pertinente, o hubieran perjudicado de cualquier otra forma los derechos de las partes; etc. Además, la *ADR Act* de 1990 introdujo en esta sección la siguiente previsión: "b) El Juzgado de Distrito de los Estados Unidos, que pertenezca al distrito donde un laudo fue emitido de acuerdo con lo previsto en la sección 580 del Título 5, puede dictar una orden anulándolo a solicitud de una persona, que no sea parte del arbitraje, y que resulte agraviada o afectada negativamente por dicho laudo, si el uso del arbitraje o el laudo son claramente contrarios a los criterios expuestos en la sección 572 del Título 5" (sección que recoge los criterios en los que se desaconseja el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos). Por otra parte la sección 11 del Título 9 U.S.C. dispone que dicho Juzgado puede ordenar la modificación o corrección del laudo cuando: exista un error material de cálculo o de descripción de personas, cosas o propiedades citadas en él; el órgano arbitral haya decidido en el laudo cuestiones que no le han sido sometidas; o el laudo tenga defectos formales o materiales. En cualquiera de estos casos, el Juzgado deberá notificar la revisión del laudo a la parte afectada en un plazo inferior a tres meses (sección 12 del Título 9 U.S.C.).

<sup>99</sup> Kock, Charles H. Jr.; *Administrative Law and Practice*. Second Edition. Vol. 3. West Publishing Co. St. Paul, MINN, 1997. Pág. 80. Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 568.

<sup>100</sup> Bingham, Lisa B.; *Alternative Dispute Resolution in Public Administration*. Op. cit. pág. 549.

### C) MEDIACIÓN.

Por mediación se entiende aquel procedimiento voluntario en el cual un tercero neutral asiste a las partes en la negociación de un acuerdo que resuelva sus diferencias. Este tercero (mediador<sup>101</sup>) no tiene autoridad alguna, ya que está sometido a la voluntad de las partes, y no puede emitir decisiones ni forzarlas a aceptar sus sugerencias (en caso contrario éstas podrán rechazarlas libremente) <sup>102</sup>.

El mediador asiste a las partes ayudándolas a vencer sus problemas de comunicación y a mejorar su capacidad de diálogo, intentando reducir su enfrentamiento y suavizar su espíritu hostil, definiendo los asuntos en controversia y ordenándolos para facilitar su mejor solución, aclarando lo que cada parte busca y sus razones e intereses, etc. Para ello debe conocer bien sus posiciones y pretensiones, y asegurar el carácter confidencial de las conversaciones. Las partes, por su parte, eligen al mediador, tienen el completo control del proceso, que es totalmente informal, y toman sus propias decisiones tras discutir de forma franca el asunto<sup>103</sup>. Si llegan a un acuerdo, quedarán vinculadas por él y será ejecutable como un contrato<sup>104</sup>.

Los acuerdos que las partes alcanzan en aquellos procedimientos en que el neutral no impone su solución a las partes tienen carácter contractual y como tales su ejecución

---

<sup>101</sup> Un mediador es una tercera parte neutral que intenta asistir a las partes a negociar un acuerdo. El mediador no tiene autoridad para tomar decisiones que resulten vinculantes para las partes. Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-8: Acquiring the services of Neutrals for Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986.

<sup>102</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986. Barrett, William L.D.; *What the business lawyer needs to know about ADR*. Practising Law Institute (Litigation and administrative series). New York, 1998. Pág. 15. Pou, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook*. Op. cit. pág. 228. Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 566. Note; *Protecting confidentiality in mediation*. Harvard Law Review, vol. 98, n° 2. 1984. Pág. 443.

<sup>103</sup> Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.16. Philipps, Barbara A. y Piazza, Anthony C.; *The role of mediation in public interest disputes*. Hastings Law Journal, vol. 34, n° 5. 1983. Págs.1234 y 1235. La mediación busca convertir un conflicto en un proceso constructivo donde las partes intentan preservar sus relaciones futuras o poner fin a una relación de la mejor manera posible. Note: *Protecting confidentiality in mediation*. Op. cit. págs. 444 y 445.

<sup>104</sup> Meek, Susan B.; op. cit. pág. 3.

resulta exigible ante los Tribunales<sup>105</sup>. Su incumplimiento suele dar lugar al pago de penalizaciones pactadas previamente y, en caso de manifiesta contradicción del ordenamiento jurídico o de importante daño al orden público, serán considerados como contratos nulos, sin perjuicio del deber de indemnizar que corresponde a la parte que haya causado dicha ilicitud.

#### **D) CONCILIACIÓN.**

La conciliación es un procedimiento voluntario e informal en el que un tercero neutral reúne a las partes para que ellas resuelvan sus problemas de forma amistosa. El conciliador, normalmente, no toma parte en las negociaciones y su papel principal es reducir las tensiones entre las partes, mejorar su comunicación y facilitar el desarrollo de la discusión<sup>106</sup>.

Frecuentemente, no resulta clara la distinción entre mediación y conciliación. Aunque son dos técnicas muy similares, sin embargo, en la segunda el conciliador se centra en acercar a las partes y no participa tan activamente en el procedimiento ni se introduce en las negociaciones. En cambio, el mediador interviene en las negociaciones intentando que las partes alcancen un acuerdo y puede llegar a proponer soluciones, que no resultan vinculantes<sup>107</sup>.

#### **E) MINI-TRIAL.**

Ante la lentitud y los elevados costes de los procesos judiciales, el *U.S. Army Corps of Engineers* decidió en 1984 emprender un programa piloto para evaluar la

---

<sup>105</sup> Bingham, Lisa B.; op. cit. pág. 552.

<sup>106</sup> Barrett, William L.D.; *What the business lawyer needs to know about ADR*. Op. cit. pág. 15. Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.11.

<sup>107</sup> Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.13.

utilización del *mini-trial* (o mini-juicio) en el arreglo de las disputas en que era parte. Los resultados de este programa fueron muy positivos al resolverse distintos problemas contractuales muy complejos en cuestión de meses. Desde entonces, esta técnica se ha convertido en habitual y se utiliza frecuentemente en Estados Unidos<sup>108</sup>.

En este procedimiento voluntario los máximos representantes y altos cargos de las partes, tras oír en común las alegaciones de cada una de ellas, negocian la solución al conflicto. Este panel de altos representantes puede estar asistido por un tercero, que actuará como mero consejero con capacidad para presidir las sesiones, emitir opiniones consultivas, interrogar a testigos y ayudar en las negociaciones<sup>109</sup>. Con ello se busca, no solo evitar el alto coste y la duración de los procesos judiciales, sino también alcanzar resultados más justos y mantener las futuras relaciones entre las partes<sup>110</sup>. El uso del *mini-trial* resulta especialmente adecuado en asuntos de elevada cuantía que planteen complejos problemas técnicos y, también, cuando las partes prefieran mantener en privado determinados materiales. Sin embargo, siempre que la declaración de un testigo revista una importancia fundamental o estén en juego importantes cuestiones sobre asuntos públicos no es aconsejable la resolución del conflicto utilizando este método<sup>111</sup>.

El procedimiento<sup>112</sup>, que se asemeja a un juicio -de ahí su nombre-, está

---

<sup>108</sup> Edelman Lester y Carr Frank; *The Mini-Trial: an alternative dispute resolution procedure*. *Arbitration Journal*, vol. 42, n° 1. 1987. Págs. 7 a 9. El primer ejemplo de utilización de esta técnica tuvo lugar en 1982. La N.A.S.A. y TRW Inc. resolvieron una disputa multimillonaria. Harter, Philip J.; *Points on a continuum*. Op. cit. pág. 247.

<sup>109</sup> Edelman Lester y Carr Frank; op. cit. pág. 9. Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986. Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.58. Pou, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook*. Op. cit. págs. 227 y 228.

<sup>110</sup> Harter, Philip J.; *Points on a continuum*. Op. cit. pág. 241.

<sup>111</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986.

<sup>112</sup> Edelman Lester y Carr Frank; op. cit. págs. 9 a 13. Estos autores consideran que el proceso debe completarse entre uno y tres meses. También afirman que éste resulta adecuado para asuntos donde las partes de buena fe se muestran dispuestas a resolver asuntos de elevada cuantía en los que no existan graves problemas jurídicos y no haya que examinar una gran cantidad de documentación. Crowell, Eldon H.; Edelman, Lester; Hery, James; Lemley,

caracterizado por las notas de flexibilidad, voluntariedad<sup>113</sup> y rapidez (su duración debe ser limitada). En ocasiones se desarrolla con la ayuda de un consejero, que no tiene en ningún caso capacidad para vincular a las partes y lleva a cabo las funciones que éstas le encomiendan. Tras acordar el recurso al *mini-trial*<sup>114</sup>, un panel de altos cargos de ambos lados preside una audiencia en la que las partes, normalmente representadas por abogados que pueden utilizar testimonios, dictámenes y otros documentos, presentan sus posturas de forma rápida e informal. Esta audiencia pretende informar rápidamente a éstos altos representantes de las posiciones y cuestiones que rodean la controversia. A continuación pasan a negociar posibles soluciones al problema. Esta segunda fase es la realmente importante y en ella la participación de altos cargos independientes es esencial para el éxito del proceso. Éstos deben tener autoridad para tomar decisiones, no estar involucrados directamente en la disputa, contar con la experiencia y los conocimientos técnicos necesarios para entender los verdaderos problemas que se esconden tras el conflicto, y estar capacitados para solucionarlo sin dilatarse demasiado en el tiempo. Si llegan a un acuerdo, éste será ejecutable como un contrato<sup>115</sup>. Todo lo que ocurre, tanto en la fase de audiencia como en la de negociación, es considerado confidencial y, excepto acuerdo en contrario de las partes, no puede utilizarse en un procedimiento ulterior. Finalmente, tanto los gastos del neutral como los del *mini-trial* corresponden

---

Jack K.; Nash, Ralph H.; Mandelman, Joel C. y Schaaf, Derek J.; *Applying Alternative Dispute Resolution to Contract Claims*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987. Págs. 555 a 561. Crowell, Eldon H. y Pou, Charles Jr.; *Appealing Government contract decisions: reducing the cost and delay of procurement litigation with alternative dispute resolution techniques*. Op. cit. págs. 200 a 227. Debido a la amplia utilización del *mini-trial*, el U.S. Corps of Engineers elaboró un procedimiento propio. Véase la Circular del Cuerpo de Ingenieros del ejército sobre el procedimiento de *mini-trial*, donde se incluye además un modelo de acuerdo de su utilización. Department of the Army. U.S. Corps of Engineers; *Engineer Circular n° 27-1-3. Alternate Dispute Resolution: Mini-Trials*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. págs. 703 a 719.

<sup>113</sup> Debido a este carácter voluntario, cualquier parte puede retirarse del procedimiento en cualquier momento, aunque deberá indemnizar a la otra por los gastos ocasionados si así se hubiese pactado.

<sup>114</sup> Las partes deberían especificar en el acuerdo los nombres de los altos cargos, los asuntos en controversia, el nombre y función del consejero si lo hay, los gastos y reglas del procedimiento, la indemnización a satisfacer por quien se retire del mismo, las fechas y lugares donde se celebrarán la audiencia y las negociaciones, etc.

<sup>115</sup> Meek, Susan B.; op. cit. pág. 3.

a ambas partes por igual, salvo que éstas dispongan otra cosa<sup>116</sup>.

## **F) OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

Hasta ahora hemos visto los procedimientos más desarrollados y conocidos de resolución de conflictos en Estados Unidos. Sin embargo, existen otros mecanismos cuyo tratamiento doctrinal y legal ha sido menor, pero no por ello son menos importantes y efectivos. La sección 571.f) del Título 5 U.S.C. enumera de forma ejemplificativa y abierta algunos de los más importantes, aunque deja la puerta abierta a la existencia de nuevos mecanismos o a la combinación de los ya conocidos<sup>117</sup>. Los más utilizados en la práctica son los que exponemos a continuación.

### **a) Negotiation.**

Una negociación es una simple comunicación entre las partes dentro de un esfuerzo común por alcanzar un acuerdo. Las negociaciones se llevan a cabo tan cotidianamente que no se consideran habitualmente como un medio específico de resolución de conflictos. Más concretamente, toda negociación implica que dos o más partes plantean y discuten los asuntos en controversia, e intentan, apoyándose en datos y hechos, llegar por sí mismas a una solución que sea mutuamente aceptada. El buen entendimiento de las partes se basa en la cooperación y comprensión común (*win-win*). Por contra, la adopción por cualquiera de ellas de una postura competitiva (*win-lose*) o la existencia de mala fe lo impiden<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.58.

<sup>117</sup> del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 279. Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 573.

<sup>118</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986. Barrett, William L.D.; op. cit. pág. 15. Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.6 y 2.7. Por su obvia razón, dado que las partes intentan negociar siempre una solución al problema antes de acudir a otros procedimientos, la *ADR Act* de 1996 ha optado por suprimir la mención expresa a esta técnica dentro de la definición de los medios alternativos de resolución de conflictos contenida en la sección 571 del Título 5 U.S.C. Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 279.

## **b) Ombudsman.**

El *ombudsman* en los Estados Unidos es una tercera parte que interviene para tramitar las quejas o preocupaciones de individuos o grupos dependientes ante las grandes organizaciones o administraciones, bien como mediador imparcial o bien como encargado de su defensa. Este defensor público, que forma parte del personal integrado en la organización o administración, actúa con absoluta independencia asistiendo informal y confidencialmente a aquellos que se sientan perjudicados en su actuación. Su actuación debe ser completamente neutral, ha de tener acceso a todas las informaciones y documentos, y la confidencialidad de sus comunicaciones con las partes debe quedar asegurada<sup>119</sup>.

En la legislación norteamericana no sólo existe la figura del Defensor del Pueblo tal como nosotros la conocemos, sino que existen defensores especializados en cada una de las agencias, departamentos y demás entidades administrativas que intentan de una forma comprometida resolver las quejas del personal que en ellos desarrolla sus funciones o de los ciudadanos que resulten afectados por su actuación. Así, por ejemplo, en las Universidades americanas estos *ombuds* se encargan de intentar resolver las quejas de estudiantes y profesores. También en los hospitales tratan de solventar las reclamaciones de pacientes y familiares. Esta solución interna, consistente en crear un defensor especializado en cada departamento administrativo accesible a empleados y particulares, ha empezado a trasladarse en los últimos años a la organización de nuestras Administraciones Públicas, aunque nuestro Defensor del Pueblo o las figuras autonómicas y específicas afines no siempre están próximas al ciudadano, y sus poderes y atribuciones son a menudo desconocidas para las personas de a pie.

---

<sup>119</sup> Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.62. Por su importancia, la *ADR Act* de 1996 ha querido incluir expresamente su utilización dentro de la definición de medios alternativos de resolución de conflictos contenida en la sección 571 del Título 5 U.S.C. Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 279.



### **c) Fact-finding.**

Un procedimiento de determinación de hechos (*fact-finding*) consiste en el nombramiento de un perito o grupo de expertos con experiencia técnica en la materia para evaluar la cuestión presentada y emitir un informe en el que queden fijados los hechos. El *fact-finder* no tiene autoridad para resolver el asunto, aunque a veces se le puede pedir una opinión no vinculante. En base a estos fundamentos de hecho las partes pueden negociar un acuerdo, llevar a cabo otros procedimientos (arbitraje, mediación ...) o profundizar en la investigación<sup>120</sup>.

### **d) Convening.**

Ésta es una técnica próxima a la conciliación en la que un tercero neutral ayuda a las partes a identificar los asuntos en controversia y los intereses que resultan afectados. El *convener* o convocador ha de determinar generalmente si las negociaciones entre las partes, bien directas o bien asistidas por un tercero, ayudarían a resolver la disputa. Si ello es así, éste tercero debe reunir a las partes<sup>121</sup>.

### **e) Facilitating.**

A través de este mecanismo<sup>122</sup> un tercero ayuda a las partes a alcanzar una decisión o una solución satisfactoria al problema. Aunque a menudo puede confundirse con la técnica de la mediación, un *facilitator* normalmente mantiene reuniones y

---

<sup>120</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986. Véase también Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 566. Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.56.

<sup>121</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986. Véase también Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 566.

<sup>122</sup> El profesor DELGADO PIQUERAS traduce muy acertadamente *facilitating* por buenos oficios. Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 566. Véase también Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986.

coordina las discusiones entre las partes, pero no llega a involucrarse en los problemas sustantivos como lo haría un mediador. Por tanto, ayuda en discusiones y negociaciones intentando lograr un acuerdo, pero sin implicarse de manera directa en ellas como hace el mediador, (salvo que las partes así se lo soliciten expresamente).

### **f) Summary Jury Trial.**

En este procedimiento las partes someten por medio de sus abogados a un jurado consultivo una presentación de sus posiciones, todo ello en presencia del Juez competente para conocer el asunto que puede realizar preguntas para aclarar alguna cuestión<sup>123</sup>. En este proceso rápido y flexible la respuesta de este jurado no es vinculante. Las partes pueden respetarla, negociar una solución distinta o, en caso de falta de acuerdo, someter el litigio al órgano judicial.

### **g) Rulemaking.**

Paralelamente a la regulación de los medios alternativos de resolución de conflictos, se ha creado una legislación sobre elaboración negociada de normas reglamentarias, que ha quedado plasmada en el Subcapítulo 3 del Título 5 U.S.C.<sup>124</sup>. No

---

<sup>123</sup> Lambros, Thomas D.; *Summary Jury Trials*. Litigation, vol. 13, n° 1. 1986. Págs. 52 a 54. Grenig, Jay E.; op. cit. § 2.61.

<sup>124</sup> El texto actual es fruto de las modificaciones introducidas en la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990, (Ley Pública 101-648, de 29 de noviembre), por la *Administrative Procedure Technical Amendments Act* de 1991, (Ley Pública 102-354, de 26 de agosto de 1992), y la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996, (Ley Pública 104-320, de 19 de octubre). Véase mi trabajo, que contiene la legislación vigente, titulado *El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos*. RVAP, n° 52. 1998. Págs. 399 a 428. Téngase en cuenta especialmente Pritzker, Davis M. y Dalton, Deborah S.; *Negotiated rulemaking sourcebook*. Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1995. Véanse también Koch, Charles H. Jr.; *Administrative Law and Practice*. Second Edition. West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1997. Pág. 431. Harter, Philip J.; *Negotiating regulations: a cure for malaise*. Georgetown Law Journal, n° 71. 1982. Págs. 102 y ss. Harter, Philip J. y Pou, Charles J.; *Using negotiated rulemaking effectively*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. Op. cit. págs. 111 a 134. Perritt, Henry; *Negotiated rulemaking before federal agencies: evaluation of recommendation by the Administrative Conference of the United States*. Georgetown Law Journal, n° 74. 1986. Págs. 1625 y ss. Clinton, William J.; *Memorandum on Agency Use of Alternate Means of Dispute Resolution and Negotiated Rulemaking*. Administration of William J. Clinton, 1998. 1 de mayo. Págs. 749 y 750.

estamos propiamente ante un mecanismo que ayude a solucionar los litigios ya surgidos, sino ante una técnica de prevención de los mismos, lo que desde otra perspectiva ayuda a reducir la litigiosidad (de ahí que muchos autores norteamericanos integren aquí su estudio). En este sentido, la *Administrative Conference of the United States*<sup>125</sup> impulsó y fomentó la utilización de la negociación en la elaboración de reglamentos con el fin de conseguir una norma consensuada entre las partes que resulten principalmente afectadas por su aplicación.

Esta nueva forma de elaborar reglamentos, puesta en práctica ya por algunas agencias con anterioridad a la Ley, no solo da lugar a una mayor aceptación por los destinatarios de la norma, sino también a una mejora de sus contenidos, que son de mayor calidad, y, secundariamente, a su mayor conocimiento, a intercambios de experiencias e informaciones, etc.

En este procedimiento<sup>126</sup>, las agencias, ayudadas por un *convener* para organizar las negociaciones y por un *facilitator* para llevarlas a cabo, identifican y reúnen en una comisión a los representantes de los intereses afectados para negociar el texto del reglamento propuesto, que será después publicado para observación pública. Por tanto, la elaboración negociada de reglamentos se produce en dos fases. En la primera fase, un tercero llamado *convener* estudia los asuntos a regular por reglamento y evalúa si dicho reglamento puede ser elaborado a través de este procedimiento, intenta identificar los posibles intereses afectados, y, posteriormente, aconseja a la agencia sobre la posibilidad de convocar a representantes de dichos intereses para negociar un reglamento propuesto. Si la agencia decide emprender las sesiones de negociación, el convocador asiste a la agencia en reunir a las partes y en tratar de determinar las cuestiones más conflictivas

---

<sup>125</sup> *Administrative Conference of the United States; Recommendation 82-4: Procedures for negotiating proposed regulations.* 1982. *Administrative Conference of the United States; Recommendation 85-5: Procedures for negotiating proposed regulations.* 1985.

<sup>126</sup> Dicho procedimiento se contiene en las secciones 561 a 570.a) del Título 5 U.S.C. Véase del Olmo Alonso, Jesús; *El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos.* RVAP, nº 52. 1998. Págs. 410 a 424.

sobre las que éstas deban centrarse. En la segunda fase, un neutral llamado *facilitator* dirige las reuniones de la comisión y coordina las discusiones entre las partes. Cuando las partes lo solicitan, éste puede actuar como mediador, interviniendo en las negociaciones con el fin de lograr el acuerdo sobre el contenido del reglamento objeto de elaboración. Las funciones de *convener* y *facilitator* se solapan en ocasiones y, a menudo, ambas funciones son ejercidas por la misma persona o grupo de personas. Ninguno de los dos tiene autoridad para tomar decisiones que resulten vinculantes para la agencia o para partes no participantes en la negociación<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Administrative Conference of the United States; *Recomendation 86-8: Acquiring the Services of "Neutrals" for Alternative Means of Dispute Resolution (Glossary)*. 1986.



## CAPÍTULO IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE INTERÉS.

### A) CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Por sus ventajas, los mecanismos ADR han sido generalmente admitidos en la práctica jurídica norteamericana. Sin embargo, se han planteado algunos problemas constitucionales en relación con la interpretación de los artículos II y III de la Constitución de los Estados Unidos<sup>128</sup>.

El artículo II, relativo al poder ejecutivo, regula la elección del Presidente de los Estados Unidos, y el nombramiento del Gobierno y de todos los funcionarios de la Administración. El problema se plantea en el caso del arbitraje vinculante, al dejarse en manos de un neutral privado, que no ha sido nombrado conforme a la cláusula de dicho artículo II, la toma de decisiones públicas que corresponden a funcionarios o autoridades<sup>129</sup>. Tengamos en cuenta que la *ADR Act* exige el acuerdo de las partes para acudir a un procedimiento arbitral, por lo que este problema parece dejar de existir en

---

<sup>128</sup> Breger, Marshall J.; *Testimony on S. 2274*. Op. cit. pág. 114.

<sup>129</sup> Bruff, Harold H.; *Public programs, private deciders: the constitutionality of arbitration in federal programs*. En *Administrative Conference of the United States; Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Op. cit. págs. 8 y 23. Véase nota 40. En *Buckley Vs. Valeo* (424 U.S. 1, 1976) se aborda el alcance de la cláusula de nombramiento prevista en el artículo II de la *U.S. Constitution*. Véanse también Harter, Philip J.; *Points on a continuum*. Op. cit. págs. 328 a 334. Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; op. cit. pág. 818. Ward, Margaret; op. cit. págs. 218 a 220. Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. pág. 567.

tanto no se contemple un recurso obligatorio al arbitraje. El órgano competente de la Administración que suscribe libre y voluntariamente dicho acuerdo autoriza al tercero a tomar la decisión que considere adecuada para la resolución del conflicto. No obstante, se considera que, para evitar posibles inconstitucionalidades, el ejecutivo debe poder controlar de algún modo la decisión del árbitro, respetando al mismo tiempo las reglas del proceso debido<sup>130</sup>. Para ello la Administración debe poder fijar unos criterios que el árbitro tome en consideración al emitir el laudo<sup>131</sup>. Asimismo, su revisión judicial permite, en cualquier caso, un recurso de la Administración si concurre alguna causa para ello<sup>132</sup>.

Por otro lado, la sección 2 del artículo III, relativo al poder judicial, establece su competencia para conocer aquellas controversias en las que los Estados Unidos sean parte. Ahora bien, en el caso del arbitraje vinculante no es un miembro del poder judicial el que decide, sino un neutral privado, por lo que vuelven a suscitarse dudas respecto a

---

<sup>130</sup> Véase Bruff, Harold H.; *Public programs, private deciders*. Op. cit. págs. 24 y 28. Véase también Administrative Conference of the United States. *Recommendation 87-5: Assuring the fairness and acceptability of arbitration in federal programs*. La sección 8.a) de la *ADR Act* de 1996 ha suprimido una peligrosa y polémica práctica de control contenida en la sección 580 para intentar salvar este problema constitucional, en cuanto un *officer* de los Estados Unidos era el último responsable de la decisión adoptada. Su subsección c) permitía a la agencia la terminación del procedimiento arbitral en que era parte o la anulación del laudo en él emitido antes de que fuera definitivo, (lo que ocurría a los 30 días de su comunicación a las partes), siempre que informase por escrito al resto. En este caso el laudo se convertía en nulo e inválido y las partes podían solicitar el reembolso de los gastos efectuados en relación con el procedimiento arbitral. Esta práctica generaba sin duda mucha desconfianza entre los particulares por lo que se suprimió acertadamente. Véanse del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 289. Susskind, L. E., Babbitt, E. F. y Segal, P. N.; *When ADR becomes the law: a review of Federal Practice*. Negotiation Journal, vol. 9. 1993. Pág. 63. Pou, Charles Jr.; *Reauthorized laws show Governments's ADR comfort level is increasing*. Op. cit. págs. 15 y 20. Ward, Margaret; op. cit. pág. 218.

<sup>131</sup> Sección 575.a) del Título 5 U.S.C. (modificada por la *ADR Act* de 1996 para salvar la constitucionalidad del arbitraje vinculante al quedar modificada la sección 580 en el sentido expuesto en la nota anterior). Véase la nota 77 y el epígrafe B.c) del Capítulo III.

<sup>132</sup> Las causas que permiten la revisión del laudo arbitral se encuentran recogidas en las secciones 10 y 11 del Título 9 U.S.C. Véase la nota 98. Los motivos de impugnación del laudo son suficientes para garantizar su revisión judicial. Téngase en cuenta que un alcance mayor supondría una merma en la rapidez y eficacia de estos mecanismos. Bruff, Harold H.; op. cit. pág. 29. En *Thomas Vs. Union Carbide Agricultural Products Co.* (473 U.S. 568, 1985) el Tribunal Supremo consideró que el alcance de esta revisión judicial satisface la necesidad de asegurar el ejercicio apropiado de la función jurisdiccional en cuanto protege de los abusos y excesos de los árbitros.

su constitucionalidad<sup>133</sup>. También en este segundo caso, la existencia de unas causas que hacen posible la revisión judicial del laudo<sup>134</sup> permite a los Tribunales de Justicia efectuar un control a posteriori, con lo que queda salvada esta posible inconstitucionalidad<sup>135</sup>.

La *ADR Act* de 1996 ha incentivado la utilización del arbitraje vinculante resolviendo las dudas constitucionales que éste podía ofrecer. Sin embargo, ha introducido una nueva subsección c) en la sección 575 U.S.C. con la intención de limitar su uso a aquellos casos en que resulte adecuado. Para ello, el responsable de la agencia, en consulta con el *Attorney General* y tras considerar los supuestos previstos en la sección 572.b)<sup>136</sup>, deberá emitir directrices sobre el uso apropiado del arbitraje vinculante y sobre cuándo un funcionario o empleado de la agencia tiene autoridad para resolver un conflicto a través de este mecanismo<sup>137</sup>.

## **B) LA FIGURA DEL NEUTRAL.**

La figura clave en el funcionamiento del ADR es el tercero o neutral que intenta asistir a las partes a solventar las diferencias surgidas<sup>138</sup>. La *Administrative Dispute Resolution Act* lo define como un «individuo que, con respecto a un asunto en

---

<sup>133</sup> En *Northern Pipeline Construction Co. Vs. Marathon Pipe Line Co.* (458 U.S. 50, 1982) la sala sostuvo mayoritariamente que la asignación de ciertas funciones a unos jueces de quiebras que no pertenecían al poder judicial violaba el art. III de la Constitución.

<sup>134</sup> Véanse notas 98 y 132. Recordemos que, además, los Juzgados de Distrito de los Estados Unidos son competentes para conocer los posibles incumplimientos y rechazos del arbitraje acordado por escrito. Véase la nota 88.

<sup>135</sup> Harter, Philip J.; *Points on a continuum*. Op. cit. págs. 325 a 328.

<sup>136</sup> La sección 572.b) del Título 5 U.S.C. recoge los supuestos en que no resulta aconsejable acudir a las técnicas de ADR. Véase la página 40 del presente estudio.

<sup>137</sup> Ward, Margaret; op. cit. pág. 220.

<sup>138</sup> Ruttinger, George; *Acquiring the services of neutrals for alternative means of dispute resolution and negotiated rulemaking*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 896. Este trabajo constituye el informe para la elaboración de la Recomendación 86-8. Véase la nota 39.



controversia, ejerce sus funciones específicamente para ayudar a las partes en la resolución de dicho conflicto» (sección 571 del Título 5 U.S.C.). Igualmente, la sección 573 lleva a cabo la regulación de esta figura caracterizada por su sometimiento a la voluntad de las partes y por su imparcialidad. Así, podrá ser neutral cualquier funcionario o empleado del Gobierno Federal, permanente o temporal, u otro individuo que sea aceptado por las partes para resolver la disputa. Éste no deberá tener un conflicto de intereses oficiales, económicos o personales con respecto a los asuntos en controversia, a menos que dicho interés sea completamente revelado a todas las partes por escrito y todas ellas acuerden que el tercero puede desempeñar sus funciones.

Como hemos manifestado anteriormente, el papel de la *Administrative Conference of the United States* fue esencial para el desarrollo de los mecanismos ADR en los asuntos públicos. En su intento por introducir y fomentar los medios alternativos de resolución de conflictos, la A.C.U.S. elaboró su Recomendación 86-8<sup>139</sup>, dirigida a impulsar la preparación y contratación de neutrales y a ayudar a las agencias para servirse de personal cualificado. Ya antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990, había realizado destacados esfuerzos en su formación y especialización. Mas tarde, la nueva Ley vino a confirmar la importancia de su labor al confiarle la misión de establecer criterios generales para su contratación, mantener una lista con individuos que cumpliesen tales requisitos y proporcionar neutrales a las agencias de forma rápida para la resolución de sus disputas, todo ello previa consulta con el Servicio Federal de Mediación y Conciliación, agencias federales y organizaciones profesionales experimentadas en estos asuntos<sup>140</sup>.

Tras la desafortunada desaparición de la A.C.U.S., la nueva redacción dada por la *ADR Act* de 1996 a la sección 573.c) obligaba al Presidente de los Estados Unidos a

---

<sup>139</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-8: Acquiring the Services of "Neutrals" for Alternative Means of Dispute Resolution*. 1986.

<sup>140</sup> del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 282.

designar una agencia o comisión representativa de distintas agencias, que facilitase el uso por éstas de la resolución alternativa de conflictos, y que hiciese posible la rápida contratación de neutrales, (vendría, por tanto, a sustituir a la A.C.U.S. en sus funciones). Dando cumplimiento a este mandato legal, en 1998 el Presidente CLINTON encargó al *Department of Justice* la dirección de un grupo de trabajo -IADRWG-, en el que participaban distintas agencias, con el objetivo de impulsar, de acuerdo con la Ley vigente, la utilización de las técnicas de ADR por el Gobierno. Así, el *Department of Justice*, durante el mandato del *Attorney General* Janet RENO, tuvo un activo papel en el fomento de los métodos de ADR entre las agencias. Además, bajo la supervisión del *Senior Counsel for ADR*, Peter STEENLAND, el Departamento de Justicia mejoró la formación de sus abogados en técnicas de negociación y ADR<sup>141</sup>. En la actualidad, los distintos programas federales de ADR, coordinados por el IADRWG, dan una gran importancia a la selección y adecuada formación de neutrales.

En la designación del tercero se debe prestar especial atención a su preparación, no considerando únicamente su mayor especialización técnica en la materia objeto de conflicto, sino también su imparcialidad, los conocimientos del procedimiento a emplear y su experiencia en resolución de conflictos. Los requisitos a tener en cuenta para su elección variarán en función de la naturaleza y complejidad de los problemas planteados, así como del método a utilizar para su solución<sup>142</sup>. Para ayudar en su selección la A.C.U.S. en su Recomendación 86-8 promovió la clasificación de todas aquellas personas que pudiesen actuar como neutrales en listas que informasen sobre sus

---

<sup>141</sup> Así lo afirma Charles POU en información remitida por correo electrónico el 12 de marzo de 2001. Véanse las notas 62, 160 y 161 y la página 44.

<sup>142</sup> Ruttinger, George; *Acquiring the services of neutrals for alternative means of dispute resolution and negotiated rulemaking*. Op. cit. págs. 899 a 902. Exigir una imparcialidad absoluta, conocimientos técnicos elevados y experiencia en los medios a utilizar limita excesivamente el número de neutrales que pueden resultar adecuados. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el *U.S. Army Corps of Engineers* en el que la Circular 27-1-3 de 23 de septiembre de 1985 exigía que, en los procedimientos de *mini-trial*, el consejero fuese un tercero con experiencia en contratos administrativos y en resolución de conflictos.

capacidades, preparación, localización y remuneración<sup>143</sup>. Así las partes podrían, en función del problema planteado, escoger más fácil y rápidamente al tercero. También impulsó su continua formación, la preparación y utilización de personal público, e incluso la utilización de neutrales pertenecientes a listas de organizaciones privadas como la *American Arbitration Association*.

En relación con su contratación, la sección 573.e) dispone que las agencias pueden contratar a cualquier persona para que preste sus servicios como neutral o como preparador en relación con los medios alternativos de resolución de conflictos. Para ello, las partes deberán acordar que su retribución es justa y razonable para el Gobierno. En la actualidad, con el fin de facilitar esta contratación y teniendo en cuenta la falta de neutrales especializados, la subsección d) permite a las agencias usar los servicios de empleados de otras para actuar como neutrales en los procedimientos de resolución de conflictos<sup>144</sup>. En este caso, las agencias podrán establecer un acuerdo que determine el reembolso por la agencia usuaria o por las partes de la totalidad o parte de los costes derivados de los servicios de dicho empleado. Como ya hemos visto antes, en ocasiones se debe recurrir a la contratación de neutrales particulares o pertenecientes a organizaciones privadas. El criterio de selección utilizado en el procedimiento ordinario de contratación para la adquisición de bienes o servicios es el concurso. La adopción de este procedimiento parece incompatible con la finalidad del ADR, pues su puesta en práctica provoca lentitud en la selección del tercero y un aumento del período de tiempo necesario para el arreglo de la controversia<sup>145</sup>. Ahora bien, la *Federal Acquisition Streamlining Act* de 1994 ha facilitado la contratación de neutrales privados

---

<sup>143</sup> La A.C.U.S. llegó a establecer unas reglas sobre la confección de listas de neutrales. En ellas contemplaba el registro y el cese en la lista, el procedimiento para obtener la información sobre los neutrales inscritos, los posibles conflictos de intereses, etc. Administrative Conference of the United States; *Roster of Dispute Resolution Neutrals. I Code of Federal Regulations Part 316*. Federal Register, vol. 54, nº 187. 28 de septiembre de 1989. Págs. 39721 a 39725.

<sup>144</sup> La utilización de empleados públicos proporciona mayor rapidez y ahorro en su selección. Su inconveniente será la falta de neutralidad, especialmente en el caso de los funcionarios. Ruttinger, George; op. cit. págs. 945 y 946.

<sup>145</sup> Ruttinger, George; op. cit. págs. 917 a 919. Ward, Margaret; op. cit. págs. 222 y 223.

contemplando que las agencias no necesitan hacer uso del procedimiento de concurso para servicios de expertos en litigios o en otros ámbitos, incluyendo servicios de neutrales<sup>146</sup>.

### **C) LA PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD.**

Cuestión central en la regulación de los medios alternativos de resolución de conflictos es el tratamiento de la confidencialidad. Las partes buscan alcanzar una solución al problema y para alcanzar este objetivo es imprescindible que, de buena fe, pongan en común sus posiciones e intereses reales. Ello permitirá a cada parte comprender mejor la situación de la parte contraria, valorar los auténticos intereses en juego y conocer cuál es el verdadero punto de discusión. Obviamente, para que las partes puedan expresar libremente sus posturas, resulta necesario que sus comunicaciones no puedan ser reveladas ni utilizadas en su contra. Por ello, el éxito de un posible acuerdo descansa, en buena medida, en una adecuada protección de la confidencialidad<sup>147</sup> en las comunicaciones de las partes.

---

<sup>146</sup> Véase Administrative Conference of the United States; *Toward improved agency dispute resolution: implementing the ADR Act*. En *World Arbitration & Mediation Report*. Transnational Juris Publications, Inc. 1995. Pág. 162. Gellhorn, Walter; Dunlop, John T.; Edwards, Harry T. y Kuhl, Carolyn, B.; *Alternative Means of Dispute Resolution in Government: a sense of perspective*. Op. cit. pág. 473 a 476. Además, la sección 7 de la *ADR Act* de 1996 introduce dos ligeras modificaciones en los procedimientos de contratación. En primer lugar, introduce en la sección 2304.c).3).C) del Título 10 U.S.C., relativa a los requisitos de contratación de servicios profesionales en la Agencia de Defensa, la posibilidad de adquirir los servicios de un experto o neutral. En segundo lugar, incluye también esta posibilidad en la sección 253.c).3).C) del Título 41 U.S.C., relativa a requisitos competitivos en los contratos federales.

<sup>147</sup> La sección 571 del Título 5 U.S.C. dispone: «“Confidencial” quiere decir, con respecto a la información utilizada, que dicha información es proporcionada:

- A) Con la intención expresa de que la fuente no va a ser revelada.
- B) Bajo circunstancias que supongan una expectativa fundada en favor de la fuente de que tal información no será revelada».

Siguiendo las Recomendaciones 88-11<sup>148</sup> y 95-6<sup>149</sup> de la *Administrative Conference of the United States*, la *ADR Act* de 1990<sup>150</sup>, modificada posteriormente por la *ADR Act* de 1996<sup>151</sup>, vino a plasmar en la actual sección 574 U.S.C. esta preocupación por garantizar un tratamiento confidencial a las comunicaciones de las partes, ya sean orales o escritas, (de las que la sección 571 excluye el acuerdo para utilizar un modo alternativo de resolución de conflictos y el finalmente alcanzado tras el correspondiente procedimiento<sup>152</sup>).

Por su importancia, reproducimos a continuación el texto citado<sup>153</sup>:

---

<sup>148</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 88-11: Encouraging settlements by protecting mediator confidentiality*. 1988. Véase el informe que sirvió de base a dicha recomendación, Harter, Philip J.; *Neither cop nor collection agent: encouraging administrative settlements by ensuring mediator confidentiality*. Op. cit.

<sup>149</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 95-6: ADR Confidentiality and the Freedom of Information Act*. 1995. Véase el informe que sirvió de base a esta recomendación, Grunewald, Mark H.; *Report for Recommendation 95-6: Freedom of information and confidentiality under the Administrative Dispute Resolution Act*. Op. cit.

<sup>150</sup> Véase Pou, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook*. Op. cit. pág. 232. Téngase en cuenta el trabajo del mismo autor *No Fear: Confidentiality Day-to-Day in Federal Dispute Resolution*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. Op. cit. págs. 75 a 93.

<sup>151</sup> Siguiendo la recomendación 95-6, la Ley de 1996 viene fundamentalmente a excluir de revelación bajo la *Freedom of Information Act*, (que permite la difusión de cualquier documento en posesión de un empleado del gobierno), las comunicaciones realizadas en la mayor parte de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos. Ello había venido produciendo con anterioridad bastantes temores, ya que los neutrales eran a menudo empleados públicos e incurrían, por tanto, en el supuesto previsto por dicha Ley. La Recomendación 88-11 en su punto tercero ya había puesto de manifiesto esta situación y algunos senadores habían advertido posibles problemas. La *ADR Act* de 1996 viene a corregir este importante defecto. Véanse Grunewald, Mark H.; *Report for Recommendation 95-6: Freedom of information and confidentiality under the Administrative Dispute Resolution Act*. Op. cit. Pou, Charles Jr.; *Reauthorized laws show Governments' s ADR confort level is increasing*. Op. cit. pág. 15. Pou, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook*. Op. cit. pág. 233. Ward, Margaret; op. cit. págs. 220 y 221. Téngase en cuenta la sección 574.j) del Título 5 U.S.C. y la nota 154.

<sup>152</sup> La sección 571 del Título 5 U.S.C. define "comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos" como «cualquier comunicación oral o escrita preparada con motivo de un procedimiento de resolución de conflictos, incluyendo cualquier informe, notas o trabajo producto del neutral o de las partes u otros participantes; con excepción de cualquier acuerdo escrito para entrar en un procedimiento de resolución de conflictos, o cualquier acuerdo final escrito o laudo arbitral, alcanzados como resultado de un procedimiento de resolución de conflictos».

<sup>153</sup> Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. págs. 283 a 286.

## **§ 574. Confidencialidad.**

a) Excepto lo previsto en las subsecciones d) y e), un neutral que ejerza sus funciones en un procedimiento de resolución de conflictos no deberá revelar voluntariamente, o ser requerido a desvelar en un proceso de investigación o de ejecución cualquier comunicación mantenida en dicho procedimiento o cualquier comunicación que reciba confidencialmente, a menos que:

1) Todas las partes y el neutral del procedimiento de resolución de conflictos lo consientan por escrito y, si tal comunicación fuera realizada por un participante que no fuera parte en el procedimiento, el participante lo consienta también por escrito.

2) La comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos ya haya sido hecha pública.

3) La comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos deba ser hecha pública en virtud de Ley, pero un neutral deberá hacer tal comunicación pública sólo si ninguna otra persona está razonablemente en disposición de revelar tal comunicación.

4) Un Tribunal determine que tal testimonio o revelación es necesario para:

A) Impedir una injusticia manifiesta;

B) ayudar a determinar una vulneración de la Ley; o

C) prevenir daños a la salud o seguridad pública,

de suficiente magnitud en el caso particular como para compensar una vulneración a la integridad de los procedimientos de resolución de conflictos en general, al reducir la confianza de las partes en que sus comunicaciones permanezcan confidenciales en casos futuros.

b) Una parte en un procedimiento de resolución de conflictos no deberá voluntariamente revelar, o ser requerida en un proceso de investigación o de ejecución a revelar cualquier comunicación realizada en dicho procedimiento, a menos que:

1) La comunicación fuera preparada por la parte buscando su revelación.

2) Todas las partes del procedimiento de resolución de conflictos lo consientan por escrito.

3) La comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos ya haya sido hecha pública.

4) La comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos deba ser hecha pública en virtud de Ley.

5) Un Tribunal determine que tal testimonio o revelación es necesario para:

A) Impedir una injusticia manifiesta;

B) ayudar a determinar una vulneración de la Ley; o

C) prevenir daños a la salud o seguridad pública, de suficiente magnitud en el caso particular como para compensar una vulneración a la integridad de los procedimientos de resolución de conflictos en general, al reducir la confianza de las partes en que sus comunicaciones permanezcan confidenciales en casos futuros.

6) La comunicación sea relevante para determinar la existencia o significado de un acuerdo o laudo que resulte del procedimiento de resolución de conflictos o para la ejecución de dicho acuerdo o laudo.

7) La comunicación estuviera realizada para o a disposición de todas las partes del procedimiento de resolución de conflictos,

excepto cuando se trate de comunicaciones realizadas por un neutral.

c) Toda comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos que sea revelada vulnerando la subsección a) o b) no deberá ser admitida en ningún procedimiento relativo a los asuntos en controversia con respecto a los cuales se realizó dicha comunicación.

d).1) Las partes pueden acordar procedimientos confidenciales alternativos para revelaciones efectuadas por el neutral. Respecto de dicho acuerdo, las partes deberán informar al neutral antes del comienzo del procedimiento de resolución de conflictos en relación con cualquier modificación de las previsiones de la subsección a) que registrarán la confidencialidad de dicho procedimiento. En tanto que las partes no informen al neutral, se aplicará la subsección a).

d).2) Para permitir la aplicación de la excepción establecida conforme a la subsección j), un procedimiento confidencial alternativo acorde con lo previsto en esta subsección no puede prever una menor revelación que otros procedimientos confidenciales regulados bajo esta sección.

e) Si, bien por vía de una petición de investigación o por otro proceso legal, se realizara al neutral una solicitud de revelación relativa a una comunicación de un procedimiento de resolución de conflictos, el neutral deberá efectuar esfuerzos razonables para notificar dicha solicitud a las partes y a cualquier participante afectado que no sea parte. Cualquier parte o cualquier participante afectado que no sea parte, que reciba tal notificación y que en los 15 días siguientes no ofrezca defender un rechazo a que el neutral desvele la información requerida, habrá renunciado a realizar cualquier objeción a dicha revelación.

f) Nada en esta sección impedirá la investigación o la admisibilidad de cualquier prueba que pueda ser conocida de otra forma, simplemente



porque la prueba fue presentada en el curso de un procedimiento de resolución de conflictos.

g) Las subsecciones a) y b) no tendrán efecto sobre la información y datos que sean necesarios para documentar un acuerdo alcanzado o resolución dictada siguiendo un procedimiento de resolución de conflictos.

h) Las subsecciones a) y b) no impedirán la compilación de información para propósitos educativos o de investigación, en cooperación con otras agencias, entidades gubernamentales, o programas de resolución de conflictos, siempre que las partes y los asuntos específicos en controversia no resulten identificables.

i) Las subsecciones a) y b) no impedirán el uso de una comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos para resolver una controversia entre el neutral de dicho procedimiento y una parte o participante en el mismo, siempre que tal comunicación sea revelada solamente en la extensión necesaria para su resolución.

j) Una comunicación efectuada en un procedimiento de resolución de conflictos entre un neutral y una de las partes, y que no puede ser revelada conforme a lo dispuesto en esta sección, también deberá estar excluida de revelación bajo la sección 552.b).3)<sup>154</sup>.

De esta lectura se puede desprender que la Ley efectúa una fuerte y detallada protección de las comunicaciones realizadas por las partes con el fin de facilitar así la consecución de un acuerdo justo. A la prohibición general impuesta al neutral y a las partes de revelar cualquier información conocida durante estos procedimientos, la ley añade numerosas excepciones: algunas pretenden evitar posibles injusticias (cuando un

---

<sup>154</sup> La mencionada sección 552 del Título 5 U.S.C., más conocida como *Freedom of Information Act*, contiene la regulación del derecho de acceso a archivos y registros administrativos. En su letra b) enumera aquellas materias a las que no resulta de aplicación esta normativa, entre las que el apartado b).3) cita aquellas excluidas por Ley. En consecuencia, este apartado j) viene a impedir la revelación bajo la sección 552 de cualquier comunicación efectuada en un procedimiento de resolución de conflictos que no puede ser revelada conforme a lo dispuesto en la sección 574. Véase la nota 151.

Tribunal determine que la revelación es necesaria para impedir una injusticia manifiesta o prevenir daños a la salud o seguridad pública, de tal magnitud que compensen la vulneración de la confianza de las partes en el secreto de sus comunicaciones) y otras resultan obvias en sí mismas (por ejemplo, que la información ya haya sido hecha pública, que exista consentimiento por escrito de los afectados, o que la comunicación sirva para demostrar la existencia o contenido del acuerdo o laudo obtenido tras el procedimiento). Como reacción al incumplimiento de esta prohibición, la Ley impide que la información indebidamente desvelada sea admitida en los procedimientos relativos al asunto en que se realizó la comunicación, siempre que no haya podido conocerse de otra forma. Por último, una llamativa singularidad de la Ley permite a las partes crear un régimen de confidencialidad alternativo siempre que no reduzca la protección prevista en esta sección<sup>155</sup>. Tampoco otras normas, como las reguladoras del derecho de acceso a archivos y registros administrativos, pueden disminuir estas garantías. En mi opinión, nos encontramos con una regulación muy positiva que tiene un claro objetivo: dejar que se descubran los verdaderos intereses, ocultos en la mayor parte de los casos, para, al permitir un mayor conocimiento del asunto y de las posturas de las partes, mejorar y agilizar la búsqueda de una salida lo más justa posible al conflicto. Las excepciones, bastante justificadas por otro lado, no dan lugar al recelo y a la desconfianza.

Al final del año 2000, el *Federal Alternative Dispute Resolution Council* perteneciente al Departamento de Justicia<sup>156</sup> publicó un documento-guía titulado “Confidencialidad en los programas federales de ADR”<sup>157</sup>, relativo a la naturaleza y los

---

<sup>155</sup> Grunewald, Mark H.; *Report for Recommendation 95-6: Freedom of information and confidentiality under the Administrative Dispute Resolution Act*. Op. cit. págs. 987 a 989.

<sup>156</sup> Véase la nota 62 y la página 44.

<sup>157</sup> Federal Register, vol. 65, n° 251. Notices. Friday, December 29, 2000. Págs. 83085 a 83095. Véanse también Pou, Charles Jr. y Liff, Diane R.; *Chapter 2: Dispute Resolution*. En Lubbers, Jeffrey S. (Ed.); *Developments in Administrative Law and regulatory practice 2000-2001*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2002. Págs. 29 a 39. Pou, Charles Jr.; *Chapter 4: Dispute Resolution*. En Lubbers, Jeffrey S. (Ed.); *Developments in Administrative Law and regulatory practice 2001-2002*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2003. Págs. 85 a 90. Consúltense la página

límites de la confidencialidad en dichos programas. La guía recalca su importancia para el éxito del proceso de ADR en cuanto su garantía permite a las partes mostrar sus intereses y entablar abiertamente discusiones para alcanzar la mejor solución posible al conflicto, sin miedo a que las afirmaciones vertidas puedan ser usadas en su contra posteriormente.

#### **D) LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.**

El Congreso norteamericano ha investido al *Attorney General*, máximo responsable del *Justice Department*<sup>158</sup>, con la autoridad para representar en juicio a los Estados Unidos, lo que también incluye la capacidad para negociar o comprometerse. El *Attorney General* ha delegado este poder en el *Deputy Attorney General*, en el *Associate Attorney General*, y con límites mayores en el *Assistant Attorney General* y en los noventa y ocho *United States Attorneys*. Estas delegaciones tienen múltiples excepciones, orientadas a garantizar que aquellas negociaciones que van más allá del conflicto particular reciban la atención de un oficial superior del *Justice Department*<sup>159</sup>. En la práctica el *Justice Department* ha formado a sus miembros en las técnicas de ADR y ha destinado el dinero ahorrado en litigios judiciales a su perfeccionamiento<sup>160</sup>. De gran importancia fue la labor realizada por el *Attorney General* RENO que inició una

---

<http://www.usdoj.gov/adr/pdf/confid.pdf>.

<sup>158</sup> La composición, miembros y funciones del *Department of Justice* se regulan en las secciones 503 y siguientes del Título 28 U.S.C. La sección 503 afirma que el *Attorney General* es el máximo responsable del *Department of Justice*; la sección 509 describe las funciones del *Attorney General*; la sección 510 permite la delegación de funciones del *Attorney General*; finalmente, las secciones 516 y 519 reservan al personal del *Department of Justice* bajo la dirección del *Attorney General* la intervención en procedimientos judiciales cuando los Estados Unidos, sus agencias o su personal sean parte o tengan algún interés (igualmente se debe entender esta representación para procedimientos no judiciales de resolución de conflictos).

<sup>159</sup> Véase Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; *The ongoing role of alternative dispute resolution in Federal Government litigation*. Op. cit. págs. 808 a 813.

<sup>160</sup> Steenland, Peter R. Jr. y Appel, Peter A.; op. cit. págs. 806, 817 y 818. Siempre ha apoyado el uso de técnicas ADR y ha impulsado programas piloto en Juzgados y Tribunales. Berg, Richard K.; *Legal and structural obstacles to the use of Alternative Dispute Resolution for claims for and against the Federal Government*. Op. cit. pág. 68.

política de promoción del ADR y creó en el Departamento la figura del *Senior Counsel for ADR*<sup>161</sup>, que se ocupó de instruir a sus abogados en el uso de estos mecanismos. De este modo el *Department of Justice* pasaba a desempeñar la función de la desaparecida A.C.U.S.

Por otro lado, cada agencia, al desarrollar un programa sobre el uso de estos procedimientos de acuerdo con las previsiones de la Ley, deberá contemplar la posible representación de las partes en ellos mediante personas que no sean abogados y fijar en que procedimientos o materias, por su complejidad o especialización, se hace necesaria la defensa mediante éstos<sup>162</sup>. Por tanto, se permite, en determinados casos no muy complejos, la asistencia por personas que no son abogados siempre que cumplan los requisitos exigidos por la agencia. Las posibles normas sobre descalificación de abogados y las reglas de funcionamiento previstas por la agencia serán también de aplicación a estas personas.

Finalmente, los representantes de las partes deberán tener capacidad para llegar a un acuerdo sobre las materias en conflicto. Caso contrario, las negociaciones perderían seriedad y se retrasarían al tener éstos que consultar con quien verdaderamente tiene capacidad para decidir. Así lo contempla la sección 575.b) del Título 5 U.S.C. para el arbitraje, pero análogamente esta regla se entiende aplicable al resto de los medios alternativos de resolución de conflictos.

#### **E) UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ADR EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

El régimen de recursos en materia de contratos administrativos viene regulado en

---

<sup>161</sup> Order of the Attorney General; *Promoting the Broader Appropriate Use of Dispute Resolution Techniques*. 1-2 (1995).

<sup>162</sup> Sección 9 de la *Administrative Dispute Resolution Act*. Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. págs. 294 y 295.

la *Contract Disputes Act* de 1978 (Ley Pública 95-563, de 1 de noviembre), que introdujo las secciones 601 a 613 en el Título 41 U.S.C. Si surge la disputa, el contratista puede interponer un recurso ante el órgano de contratación, que tiene 60 días para resolverlo. Su decisión puede ser recurrida, bien directamente ante los Tribunales de Justicia<sup>163</sup>, o bien ante unos Tribunales de apelación en materia de contratos que tienen carácter administrativo (*Agency Boards of Contract Appeals*)<sup>164</sup>. En un plazo de 120 días, contratista y órgano contratante -para ello requiere la aprobación del *Attorney General*- pueden recurrir la resolución de estos Tribunales especializados ante el *United States Court of Claims*. Este órgano judicial enjuiciará los problemas jurídicos, pero no los hechos fijados por el *Agency Board of Contract Appeals*, (a no ser que su decisión no esté suficientemente probada o en su elaboración haya existido mala fe, fraude, arbitrariedad o error)<sup>165</sup>.

Ahora bien, en los últimos años el espectacular incremento de los litigios relacionados con los contratos administrativos y las excesivas formalidades procedimentales han provocado un desmesurado encarecimiento y una duración excesiva

---

<sup>163</sup> La sección 609 del Título 41 U.S.C. afirma que, en el plazo de 12 meses posteriores a la notificación de la decisión del órgano de contratación, el contratista puede entablar directamente una acción ante el *U.S. Court of Claims*, excepto disposición en contrario.

<sup>164</sup> Ante la lentitud y encarecimiento que generaban los procesos judiciales, las secciones 7, 8 y 9 de la *Contract Disputes Act* de 1978 introdujeron una vía alternativa de recurso en sede administrativa, consistente en la creación de unos Tribunales especializados que resuelven las apelaciones sobre las resoluciones emitidas por el órgano de contratación ante el que un contratista ha interpuesto recurso. Estos Tribunales (*Agency Boards of Contract Appeals*) están constituidos en todas las agencias en las que su responsable ha considerado que el volumen de recursos justifica su implantación, (si no se alcanza tal volumen, se puede acordar con otra agencia la apelación a su Tribunal). Se componen, al menos, de tres miembros, que deben contar con una experiencia mínima de cinco años en materia de contratos. Su Presidente y Vicepresidente son nombrados por el responsable de la agencia. El procedimiento se caracteriza por su flexibilidad y celeridad, y el plazo para solicitar la apelación es de 90 días a contar desde la decisión del órgano de contratación. También existen un procedimiento abreviado para asuntos de cuantía inferior a 50.000 \$ y un procedimiento simplificado para asuntos de pequeña cuantía (inferior a 10.000 \$); ambos quedan a elección del contratista. Ténganse en cuenta las secciones 606 a 608 del Título 41 U.S.C. Véase Berg, Richard K.; *Legal and structural obstacles to the use of Alternative Dispute Resolution for claims for and against the Federal Government*. Op. cit. págs. 60 a 64. Sobre el procedimiento previsto en la *Contract Disputes Act* véase Behre, Kirby; *Arbitration: a permissible or desirable method for resolving disputes involving federal acquisition and assistance contracts?*. En Millhauser, Margarete S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. págs. 392 y 393.

<sup>165</sup> Secciones 607.g.1) y 609.b) del título 41 U.S.C. Véase Berg, Richard K.; *Legal and structural obstacles to the use of Alternative Dispute Resolution for claims for and against the Federal Government*. Op. cit. pág. 61.

de los recursos judiciales y, especialmente, de las apelaciones ante los *Agency Boards of Contract Appeals*. Ante esta situación, la propuesta para utilizar con carácter complementario técnicas de ADR ha tenido, en general, una respuesta favorable<sup>166</sup>. En la mayoría de los casos, estos métodos permiten alcanzar soluciones más rápidas, menos costosas, y más aceptadas por las partes<sup>167</sup>. Sin embargo, la utilización de estos mecanismos sólo resulta aconsejable en aquellos supuestos que envuelvan problemas fácticos, técnicos o materias reservadas, pero no en aquellos que planteen complejos problemas jurídicos o afecten a personas que no son partes<sup>168</sup>. Tampoco es conveniente el uso del arbitraje vinculante<sup>169</sup>.

Recogiendo esta positiva respuesta doctrinal y siguiendo las Recomendaciones

---

<sup>166</sup> Korthals-Altes, Barbara Z.; *The Applicability of Alternative Dispute Resolution Techniques to Government Defense Contract Disputes*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. págs. 148 a 151. Berg, Richard K.; op. cit. pág. 62. Edelman Lester y Carr Frank; op. cit. págs. 7 y 8. Carr, Frank; *Alternative Means of Dispute Resolution in Federal Contract Disputes*; En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. Op. cit. págs. 243 a 284. Hardy, Timothy S. y Cargill, R. Mason; *Resolving government contract disputes: Why not arbitrate?*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. págs. 352 a 360. Crowell, Eldon H.; Edelman, Lester; Herry, James; Lemley, Jack K.; Nash, Ralph H.; Mandelman, Joel C. y Schaaf, Derek J.; *Applying Alternative Dispute Resolution to Contract Claims*. En *A colloquium on improving dispute resolution*. Op. cit. pág. 555.

<sup>167</sup> Así, en los años 80, el *Navy Department*, el *Army Corps of Engineers*, el *Justice Department*, el *Department of Energy*, la NASA y el *Army Corps of Engineers* resolvieron varias disputas a través del *mini-trial*. Véanse Pou, Charles; *Federal Agency use of ADR: the experience to date*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. pág. 104. Edelman Lester y Carr Frank; op. cit. pág. 7. Véase también Matthews, Martha A. (Editor); *Alternative Dispute Resolution. Practice and Perspectives*. The Bureau of National Affairs Inc. Washington, D.C. 1990. Págs. 137 a 145. En este trabajo, el Presidente del *Energy Board of Contract Appeals* urge a los órganos de contratación del *Departement of Energy* a considerar la utilización del ADR. Un interesante ejemplo práctico lo encontramos en Tolan, Patrick E.; *Using ADR to Resolve Contract Disputes Between Government Contractors and the Air Force*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. Op. cit. págs. 285 a 346.

<sup>168</sup> Korthals-Altes, Barbara Z.; op. cit. págs. 154 y 155.

<sup>169</sup> Así se desprende del espíritu de la Ley. Berg, Richard K.; op. cit. págs. 62 a 64.

87-11<sup>170</sup> y 89-2<sup>171</sup> de la *Administrative Conference of the United States*, la *ADR Act* de 1990, apostó definitivamente por el uso de medios alternativos de resolución de conflictos en materia de contratos del Estado. Así, su sección 3.d) ordenó la revisión de los criterios generales para la conclusión de contratos con el fin de autorizar y fomentar su utilización. Por otra parte, su sección 6, modificada por la sección 6 de la *ADR Act* de 1996, introdujo los párrafos d) y e) en la sección 6 de la *Contract Disputes Act* de 1978 -actual sección 605 del Título 41 U.S.C.- y un párrafo 3 en la sección 8.g) de la *Contract Disputes Act* de 1978 -actual sección 607 del Título 41 U.S.C.-.

La sección 605.d) permite el empleo de estas técnicas para resolver las desavenencias surgidas de un contrato:

“d) Sin perjuicio de cualquier otra previsión de esta Ley, un contratista y un funcionario contratante pueden usar para resolver posibles reclamaciones cualquiera de los medios alternativos de resolución de conflictos regulados en el subcapítulo IV del capítulo 5 del Título 5, del Código de los Estados Unidos, u otros procedimientos acordados mutuamente. El contratista deberá certificar la reclamación cuando sea requerido para ello conforme prevé la sección c).1) o conforme a cualquier

---

<sup>170</sup> *Administrative Conference of the United States; Recommendation 87-11: Alternatives for resolving government contract disputes*. 1987. En ella, la A.C.U.S. urge a contratistas y a agencias contratantes a considerar el uso del ADR y a crear un ambiente adecuado para su utilización. También aconseja cómo ha de llevarse a cabo su puesta en práctica. Véase el informe que sirvió de base a esta recomendación, Crowell, Eldon H. y Pou, Charles Jr.; *Appealing Government contract decisions: reducing the cost and delay of procurement litigation with alternative dispute resolution techniques*. Op. cit. págs. 183 a 254.

<sup>171</sup> *Administrative Conference of the United States; Recommendation 89-2: Contracting officers' management of disputes*. 1989. Esta recomendación sigue en la línea de la 87-11, incidiendo aún más en la promoción del ADR por los *contracting officers*. Además, recomienda a las agencias que encarguen a un funcionario especializado la misión de desarrollar estas técnicas en los conflictos contractuales. Por último, recalca la importancia que tiene emprender programas de formación. Véase el informe que sirvió de base a la presente recomendación, Bednar, Richard J.; *Government contracting officers should make greater use of ADR techniques in resolving contract disputes*. *Administrative Conference of the United States*. March, 1989. De este informe parece deducirse que el uso del arbitraje vinculante resulta desaconsejable en esta materia. Por contra, el *mini-trial* se presenta como el método más adecuado.

otra previsión legal<sup>172</sup>. Todas las previsiones del subcapítulo IV del capítulo 5 del Título 5, del Código de los Estados Unidos, se aplicarán a dichos medios alternativos de resolución de conflictos”.

Por su parte, la sección 605.e) obliga al órgano contratante o al contratista, cuando rechacen una propuesta de utilización de un mecanismo ADR, a dar una explicación por escrito a la otra parte, justificando su oposición en alguna de las razones previstas en la sección 572.b) del Título 5 U.S.C.<sup>173</sup> o en otras más específicas.

Finalmente, la sección 607.g).3) afirma que un laudo arbitral emitido en aplicación de las disposiciones anteriores podrá ser revisado de acuerdo con las secciones 9 a 13 del Título 9 U.S.C.<sup>174</sup>, a no ser que un Tribunal anule o limite cualquier laudo que considere infractor de las limitaciones impuestas por una ley federal.

#### **F) UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ADR EN LOS PROBLEMAS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.**

Un ámbito que resulta especialmente aconsejable para el uso de técnicas de ADR es el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, donde la

---

<sup>172</sup> La sección 6.c).1) de la *Contract Disputes Act* de 1978, 605.c).1) del Título 41 U.S.C., impone al contratista, en las demandas cuya cuantía sea superior a 100.000 \$, la obligación de certificar que efectúa de buena fe la reclamación, que la información en que la basa es exacta y completa según su mejor conocimiento y consideración, y que la cantidad reclamada refleja adecuadamente el ajuste del contrato por el cual considera que el Estado es responsable. Esta obligación de certificación fue también exigida por la *ADR Act* de 1990 para todas las demandas sometidas a procedimientos de ADR, con independencia de su valor. Sin embargo y en contra de la intención de la Ley, este deber provocaba al contratista una carga procedimental mayor que la que tendría en una reclamación normal. Por ello, la *ADR Act* de 1996 vino a modificar este aspecto, al equiparar el deber de certificación en los procedimientos de ADR con el de las vías normales de recurso. Se eliminaba así este obstáculo en el uso del ADR. Ward, Margaret; op. cit. págs. 221 y 222.

<sup>173</sup> Véase la página 40 del presente trabajo.

<sup>174</sup> Véanse las notas 96, 98 y 132.



cuantía de las indemnizaciones es susceptible de negociación<sup>175</sup>.

El Capítulo 171 del Título 28 U.S.C., fruto de la *Federal Tort Claims Act*, regula el procedimiento sobre las demandas de indemnización contra el Estado. Su sección 2672 permitía al responsable de cualquier agencia federal<sup>176</sup> o persona por él designada aceptar una resolución, compromiso o acuerdo sobre una reclamación por daños contra los Estados Unidos causada por la negligencia, error u omisión de un empleado de la agencia en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, cuando la indemnización excedía de 25.000 \$, estas resoluciones, compromisos o acuerdos sólo eran efectivos si el responsable de la agencia contaba con la previa autorización escrita del *Attorney General* o persona designada por él<sup>177</sup>. Por tanto, el límite de 25.000 \$ delimitaba la cuantía de la indemnización que el responsable de una agencia podía acordar o comprometer sin delegación. A partir de esos 25.000 \$ el responsable de la agencia requería la previa delegación del *Attorney General*.

Ahora bien, para facilitar el logro de acuerdos en esta materia, la sección 8.a) de la *ADR Act* de 1990 ha modificado la sección 2672 del Título 28<sup>178</sup>, suprimiendo esta exigencia de autorización previa por escrito, cuando el *Attorney General* delegue en el responsable de la agencia la competencia para aceptar dicha resolución, compromiso o acuerdo. Sin embargo, esta delegación no puede exceder de las competencias delegadas por el *Attorney General* en los Abogados de los Estados Unidos para llegar a acuerdos sobre reclamaciones de dinero contra los Estados Unidos. Por tanto, cuando se supere

---

<sup>175</sup> Véase Administrative Conference of the United States; *Recommendation 84-7: Administrative settlement of tort and other monetary claims against the Government*. 1984. Esta recomendación intenta incentivar las negociaciones y acuerdos sobre demandas de indemnización contra el Gobierno.

<sup>176</sup> El responsable de la agencia tiene un plazo de 6 meses para resolver las demandas por indemnización contra el Gobierno. El silencio produce efectos desestimatorios. Berg Richard K.; op. cit. pág. 65.

<sup>177</sup> En relación con la representación del *Attorney General* y el fomento desde esta institución de las técnicas de ADR puede verse el apartado D) de este Capítulo.

<sup>178</sup> del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. págs. 293 y 294. Delgado Piqueras, Francisco; op. cit. págs. 583 y 584. Algunos autores propusieron un aumento de este límite a 100.000 \$. Berg, Richard K.; op. cit. pág. 67.

el límite de la delegación del *Attorney General* en los abogados de los Estados Unidos para negociar reclamaciones pecuniarias, se requiere su autorización por escrito y no basta con su delegación. También se requerirá autorización previa si no se produce dicha delegación general y la indemnización excede de 25.000 \$.

Por otro lado, la sección 8.a) de la *ADR Act* de 1990 permite expresamente el uso de estos métodos. La citada sección 2672 viene ahora a decir lo siguiente:

“Cada agencia federal puede usar el arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos conforme a las previsiones del subcapítulo IV del capítulo 5 del Título 5, del Código de los Estados Unidos, para negociar cualquier reclamación de responsabilidad contra los Estados Unidos, en la medida de las competencias de cada agencia para aceptar una resolución, compromiso o acuerdo sobre dicha reclamación sin la previa autorización escrita del *Attorney General* o persona por él designada”.

Finalmente, la sección 8.b) de la *ADR Act* de 1990 ha modificado la sección 3711.a).2) del Título 31 U.S.C., relativa a reclamaciones del Estado, incrementando las cantidades sobre las que el responsable de una agencia puede aceptar una resolución, compromiso o acuerdo de 20.000 \$ (intereses excluidos) a 100.000 \$ (intereses excluidos) -o cantidad superior fijada por el *Attorney General*-. En los casos en que el Estado actúa como reclamante los límites son muy superiores, (tengamos en cuenta el límite de 25.000 \$ impuesto cuando la reclamación va dirigida contra el Estado).

En ambos casos la solución alcanzada será definitiva a no ser que haya existido falsedad, fraude o error.

## G) PROMOCIÓN DEL ADR POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

Aunque pueda parecer contradictorio, los Tribunales de Justicia han estado entre los impulsores del empleo de técnicas de ADR. Ello resulta comprensible si tenemos en cuenta el desbordamiento en que se han visto sumidos tras el aumento desmesurado de los litigios que ha tenido lugar en los últimos años. Para tratar de solucionar este problema, numerosos Juzgados y Tribunales han emprendido programas para el uso del ADR, con especial atención al arbitraje, a la mediación y al *mini-trial*<sup>179</sup>. También los *Claims Courts*, cuya jurisdicción se extiende exclusivamente a asuntos relacionados con la Administración, han impulsado la utilización de los arreglos judiciales y del *mini-trial*<sup>180</sup>. El *Justice Department* ha apoyado este fomento del ADR, aunque ha desaconsejado el uso del arbitraje vinculante.

Considerando distintas experiencias anteriores, la *Administrative Conference of the United States* recomendó<sup>181</sup> que el órgano judicial trabajase con las partes para buscar una solución consensuada al problema, intentando así resolver el asunto de forma más rápida, económica y eficaz. Las experiencias anteriores aconsejan esta fase previa al

---

<sup>179</sup> Berg, Richard K.; op. cit. págs. 67 a 69. Véase la Alternative Dispute Resolution Act de 1998 (H. R. 3528) que modifica las secciones 651 a 658 del Título 28 U.S.C. Esta Ley impulsa la puesta en práctica de programas de ADR en los Juzgados de Distrito de los Estados Unidos y considera que el arbitraje voluntario, el *mini-trial* o la mediación pueden contribuir a reducir el elevado número de casos pendientes que retrasan la actuación de los órganos judiciales.

<sup>180</sup> La *General Order of the United States Claims Courts* n° 13, de 15 de abril de 1987, establece que, ante el aumento de los costes y plazos en la vía judicial, se debe intentar asegurar el recurso a los Tribunales sólo cuando otros métodos de solución de conflictos hayan fracasado. Por ello, ha de aconsejarse el uso voluntario de dos técnicas a todas las partes que acudan ante los *Claims Courts*: el arreglo judicial (que puede intentarse incluso en el curso de un procedimiento judicial) y el *mini-trial*. Ambas partes deberán mostrar su conformidad y el procedimiento será absolutamente confidencial y lo allí sucedido no podrá utilizarse en un ulterior recurso judicial. The United States Claims Courts; *General Order n° 13*. En Millhauser, Margerite S. y Pou, Charles Jr.; op. cit. págs. 731 a 735.

<sup>181</sup> Administrative Conference of the United States; *Recommendation 88-5: Agency use of settlement Judges*. 1988. En esta recomendación la A.C.U.S. recomienda a las agencias el uso de negociaciones y otras formas alternativas de resolución de conflictos ante Jueces en activo o retirados. Las agencias, en colaboración con distintas organizaciones, (*Federal Mediation and Conciliation Service, American Bar Association ...*), deben formar a estos Jueces y juristas en las técnicas de ADR. Véase el informe que sirvió de base a la presente recomendación, Joseph, Daniel and Gilbert, Michelle L.; *Breaking the settlement ice: the use of settlement judges in administrative proceedings*. Report to the Administrative Conference of the United States. May 20, 1988. A.C.U.S., Recommendations and Reports. 1988.

proceso en asuntos cuya resolución no plantee graves problemas jurídicos y resulten apropiados para ser resueltos mediante la negociación (indemnizaciones, etc.). El Juez que actúa como neutral (*settlement judge*) debe ser distinto de aquellos que van a enjuiciar el asunto (en el caso de que no se llegue a un acuerdo) o a ocuparse de un posible recurso frente a la decisión final. Con ello se pretende garantizar la imparcialidad del Tribunal. Este *settlement judge* intenta ayudar a las partes a evaluar el problema de forma objetiva y les informa de los problemas procesales que conllevaría la vía judicial. Las partes suelen considerar este mecanismo de forma más legítima y válida por la presencia de un Juez. Incluso, cuando el procedimiento judicial se ha iniciado, el Presidente de la Sala puede sugerir la búsqueda de una solución negociada al problema. El *settlement judge* intentará facilitar las negociaciones entre las partes, mediar, recomendar el uso de otros medios alternativos como el *mini-trial*, etc. Las partes, que en cualquier momento podrán rechazar esta negociación, deberán estar representadas por personas que tengan capacidad para comprometerse y puedan decidir sobre una solución final. El Juez recogerá finalmente en un informe el acuerdo logrado o las razones por las que éste no se ha podido alcanzar.

Ahora bien, en un estudio sobre los programas de aplicación de las técnicas de ADR en los Tribunales, la Juez de la *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, Patricia M. WALD<sup>182</sup>, establece que en aquellos Tribunales donde se han aplicado estas técnicas, la experiencia ha sido positiva, pero su impacto en términos de reducción de costes y retrasos en los juicios que se llevan a cabo ante los Tribunales Federales no se ha hecho notar demasiado, (en consecuencia, tampoco se ha producido un incremento de dichos factores pese al aumento en el número de casos). A continuación Patricia M. WALD enumera las principales críticas que se han hecho a los acuerdos extrajudiciales. La más importante, se refiere al riesgo de crear una justicia de segunda clase en la cual los pobres y desfavorecidos reciban rápidas y apresuradas

---

<sup>182</sup> Wald, Patricia M.; *ADR and the Courts: an update*. Duke Law Journal, vol. 46, nº 6. 1997. Págs. 1445 a 1456.

soluciones, que no siempre son justas, mientras que los juicios celebrados con todas las garantías procesales, quedan para las clases adineradas que los pueden soportar económicamente<sup>183</sup>. Sin embargo, vuelvo a señalar que los procedimientos alternativos de resolución de conflictos son totalmente voluntarios para las partes y suponen una vía complementaria y adicional para la protección de la Justicia. Celebrándose correctamente, estos métodos no tienen por qué ofrecer soluciones injustas, sino todo lo contrario. Recordemos de nuevo que, en muchos casos, son mayores los gastos del juicio que el valor del beneficio que en él se puede obtener y que, a menudo, la justicia de los Tribunales es justicia denegada para las clases más desfavorecidas.

### **H) UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ADR EN CUESTIONES RELATIVAS AL MEDIO AMBIENTE.**

La discrecionalidad técnica es uno de los ámbitos en que el ADR puede tener una mayor operatividad práctica<sup>184</sup>. Por ello, en toda la actividad administrativa relacionada con el medio ambiente resulta altamente aconsejable la utilización de estos medios alternativos. En los Estados Unidos, estos mecanismos han comenzado a tener una fuerte presencia de cara a la solución de este tipo de controversias, sobre todo de las derivadas de indemnizaciones por daños causados al medio ambiente<sup>185</sup>. La legislación ambiental y la *Environmental Protection Agency* (EPA) han comenzado a promover el uso de estas técnicas frente a una vía judicial lenta y costosa que no beneficia a nadie. La existencia de cuestiones muy técnicas ha propiciado también el uso de estos métodos alternativos y por ello, en estos temas, debe acreditarse una especializada formación técnica del neutral, que es imprescindible junto con su imparcialidad para asegurar una correcta solución al problema.

---

<sup>183</sup> Wald, Patricia M.; *ADR and the Courts: an update*. Op. cit. pág. 1448.

<sup>184</sup> Así lo ha puesto de manifiesto acertadamente Juan ROSA MORENO en su trabajo *El arbitraje administrativo*. Mc Graw-Hill. Madrid, 1998. Pág. 92.

<sup>185</sup> Sobre el régimen de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, véase Crable, Stephen; *ADR: A Solution for Environmental Disputes*. Arbitration Journal, vol. 48, nº 1. 1993. Págs. 25 a 28.

En 1980, el congreso norteamericano promulgó la *Comprehensive Environmental Compensation, Response and Liability Act* (más conocida como CERCLA)<sup>186</sup>. Además de crear un fondo para la limpieza de lugares afectados por vertidos y residuos peligrosos (de 1,6 billones de dólares), la CERCLA contiene preceptos que promueven el uso de los mecanismos ADR en materia de responsabilidad por daños a los recursos naturales, especialmente del arbitraje. En 1986, la *Superfund Amendments and Reauthorization Act* (SARA), por la que se prorroga y modifica la CERCLA, eleva 8,5 billones de dólares la dotación del fondo e intenta impulsar los acuerdos negociados entre la EPA y las partes potencialmente responsables. Entre otras medidas, impide a la *Environmental Protection Agency* interponer acciones judiciales en un periodo de 120 días, para facilitar un posible acuerdo y garantizar un plazo de negociación -sección 9622.e).2) del Título 42 U.S.C.-.

Por otro lado, la EPA, reacia tradicionalmente al uso de estas técnicas, emprendió un programa piloto para fomentar el uso del ADR por sus delegaciones regionales. Para ello contrató los servicios de una asociación especializada en ADR (*Resolve*, antigua *Conservation Foundation*). Los resultados de este programa fueron altamente positivos<sup>187</sup>. Asimismo, en respuesta al desarrollo legal existente, la EPA elaboró varios documentos, de los cuales el más significativo fue la *Final Guidance on Use of Alternative Dispute Resolution Techniques in Enforcement Actions* (agosto de 1987)<sup>188</sup>. Este informe, que contiene varios ejemplos, considera especialmente útiles los

---

<sup>186</sup> Secciones 9601 a 9627 del Título 42 U.S.C.

<sup>187</sup> La *Environmental Protection Agency* los publicó en octubre de 1987 bajo el título de *Superfund Enforcement Mediation, Regional Pilot Project Results*. De los cinco casos en que se acudió a la mediación, en cuatro se alcanzó un acuerdo. Crable, Stephen; Op. cit. pág. 29.

<sup>188</sup> Reproducida en Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; *Sourcebook: Federal Agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Op. cit. págs. 737 a 811. Véanse en especial las páginas 809 y 810 en las que se contiene el *U. S. Environmental Protection Agency Memorandum on Alternative Dispute Resolution in Enforcement Actions: Actions to Generate Support*, (Feb. 2, 1987).

procedimientos de mediación<sup>189</sup>, arbitraje, *fact-finding* y *mini-trial*. Igualmente, comprende un listado general de los asuntos que son susceptibles de ser resueltos conforme a estas técnicas: aquellos en que existe un fuerte enfrentamiento o una falta de comunicación entre las partes, los que tienen en juego múltiples intereses contradictorios (la rentabilidad económica exige a menudo no tener en cuenta el medio ambiente) o cuentan con un elevado número de partes, todos en los que estén presentes cuestiones de elevada complejidad técnica, etc. Además, establece los criterios de selección del neutral: imparcialidad, alta cualificación técnica, formación jurídica, experiencia en solución de conflictos, etc. Poco tiempo después, siguiendo las disposiciones de la CERCLA, la *Environmental Protection Agency* promulgó el 30 de mayo de 1989 una reglamentación sobre el uso del arbitraje en aquellos asuntos inferiores a 500.000 dólares que tuviesen que ver con los pagos del fondo y en los que la EPA y las partes solicitasen conjuntamente el recurso a este procedimiento<sup>190</sup>: *Arbitration Procedures for Small Superfund Cost Recovery Claims*. Se puede decir que la EPA ha sido una de las agencias pioneras en el desarrollo de procedimientos de ADR, ya que siempre ha tenido claro que los beneficios que de ello se derivan compensan claramente sus posibles inconvenientes<sup>191</sup>.

En los últimos años, numerosas organizaciones como la *American Arbitration Association*, *Clean Sites*, *Environmental Common Sense* o *Resolve* han contribuido a la difusión de estos medios ofreciendo sus servicios en procedimientos de ADR o formando

---

<sup>189</sup> Entre 1974 y 1984 se recurrió a la mediación en 133 conflictos ambientales, alcanzándose un acuerdo en el 78 % de los mismos. Sin embargo el uso del arbitraje ha sido más infrecuente, normalmente de carácter no vinculante y celebrado tras negociaciones previas o fruto de una mediación. Bingham, Gail y Haygood, Leah V.; *Environmental Dispute Resolution: The First Ten Years*. The Arbitration Journal, vol. 41, n° 4. 1986. Págs. 3 a 14.

<sup>190</sup> Sobre los detalles de éste véase Crable, Stephen; Op. cit. págs. 33 y 34.

<sup>191</sup> Robinson, Richard H.; *The use of alternative dispute resolution in enforcement actions in the U. S. Environmental Protection Agency*. En Millhauser, Margarite S. y Pou, Charles Jr.; *Sourcebook: Federal Agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Op. cit. págs. 524 y 525. Véase también Eisen, Joel B.; *ADR at the Environmental Protection Agency*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. Op. cit. págs. 369 a 387.

a neutrales especializados<sup>192</sup>. Tal ha sido el desarrollo de estos procedimientos en este ámbito, que se ha empezado a acuñar el término EDR (*Environmental Dispute Resolution*). Dando cumplimiento a la sección 3.a) de la *ADR Act*<sup>193</sup> y recogiendo los resultados del trabajo conjunto de los representantes de distintas agencias para impulsar el uso de estos mecanismos<sup>194</sup>, la *Environmental Protection Agency* ha hecho público un documento en el que resume sus líneas de actuación futuras en esta materia<sup>195</sup>. En él apoya y fomenta el uso de estas técnicas en la resolución y prevención de conflictos, establece un centro para la prevención y la solución de conflictos (*Conflict Prevention and Resolution Center -CPRC-*)<sup>196</sup> que se encarga de asistir a empleados y ciudadanos y de proporcionar formación y servicios a la agencia, garantiza la protección de la confidencialidad en los procesos, ordena la formación de su personal y la recopilación de información y de resultados, asume en todo o en parte el coste de los procedimientos, etc. Actualmente, la EPA es firme defensora del uso de estas técnicas en litigios y conflictos potenciales, tanto con otras partes como en el ámbito interno. En su página web, contiene un amplio apartado dedicado al uso del ADR por la agencia<sup>197</sup>. Entre otros aspectos impulsa la formación en estas técnicas, explica su política en esta materia, facilita terceras partes, habla de los diversos programas que en estos momentos están funcionando, etc. En todo caso, la EPA destaca el carácter voluntario de estos mecanismos, desde la decisión de participar en ellos, pasando por la elección del

---

<sup>192</sup> Crable, Stephen; Op. cit. pág. 34.

<sup>193</sup> Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. págs. 276 y 277.

<sup>194</sup> Como ya hemos señalado anteriormente, en ejecución de lo dispuesto en la sección 573.c) del Título 5 U.S.C., el Presidente CLINTON ordenó al Departamento de Justicia dirigir y coordinar los trabajos de un comité (*Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group*) compuesto por representantes de distintas agencias para fomentar el uso de los distintos medios alternativos de resolución de conflictos. Véase la nota 62.

<sup>195</sup> Environmental Protection Agency; *Policy on Alternative Dispute Resolution*. Federal Register, vol. 65, nº 249. Notices. Wednesday, December 27, 2000. Págs. 81858 a 81860.

<sup>196</sup> El Presidente del CPRC es designado por la EPA como el especialista en ADR que obligaba a nombrar la sección 3.b) de la *ADR Act*. Por tanto, es el responsable de la aplicación de la Ley y de la política diseñada por la agencia. Véase del Olmo Alonso, Jesús; op. cit. pág. 277.

<sup>197</sup> <http://www.epa.gov/adr>



procedimiento, hasta el contenido de cualquier acuerdo final.

Aunque algunos defensores del medio ambiente prefieren utilizar la vía judicial para conseguir las máximas sanciones y así disuadir a los potenciales infractores, lo cierto es que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos están jugando un papel cada vez más importante. La dificultad técnica de estas controversias es enorme y el elevado número de intereses enfrentados hacen todavía más complejos los asuntos. Además, los daños al medio ambiente aumentan cada día, por lo que su adecuada reparación, de interés general, demanda una respuesta urgente y no sólo una indemnización económica tardía<sup>198</sup>.

Paralelamente al impulso de estos procedimientos alternativos, la *Environmental Protection Agency* ha sido también una de las agencias pioneras en el desarrollo de distintas regulaciones mediante la negociación de su contenido con sus principales destinatarios<sup>199</sup>. Aunque lo que se conoce como *Rulemaking* no es propiamente un mecanismo para resolver litigios ya producidos, sí es, como ya hemos anunciado en el apartado F).g) del Capítulo III, una de las posibles técnicas para su prevención. Teniendo en cuenta la diversidad de partes interesadas, las complejidades técnicas de los asuntos en cuestión y la creciente dificultad para regular estos temas, la EPA adoptó la negociación, las consultas y la necesidad de comunicación como ejes de su actuación.

---

<sup>198</sup> Véase Singer David; *An Arbitration Journal Report: The Use of ADR Methods in Environmental Disputes*. *Arbitration Journal*, vol. 47, n° 1. 1992. Págs. 55 a 59 y 67. En este trabajo se exponen varios ejemplos de utilización del ADR en conflictos medio ambientales, de los que sólo señalaremos dos. Un litigio sobre la construcción de una instalación eléctrica en el río Hudson se resolvió en 16 meses a través de la mediación, mientras que por la vía judicial hubiera tardado más de 10 años. Por otro lado, tanto para la elaboración de planes sobre aprovechamiento de bosques como para la solución de sus conflictos, se utilizaron vías amistosas, dado elevado número de intereses en juego (grupos ecologistas, asociaciones para la defensa de los animales, grupos para la conservación de los ríos, asociaciones de pescadores y cazadores, la industria maderera, compañías mineras y de gas, el *U. S. Forest Service*, etc.).

<sup>199</sup> Véanse del Olmo Alonso, Jesús; *El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos*. Op. cit. págs. 424 a 428. Harter, Philip J.; Thomas, Lee M.; McMurray, Kay; Fleming, Robben W. & Millhauser Marguerite; *Institutionalizing Alternative Dispute Resolution: Where does the Government go from here? In A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. *The Administrative Law Journal of the American University*. Vol. 1, n° 2. 1987. Págs. 510 a 515. Dalton, Deborah S.; *Negotiated Rulemaking Changes EPA Culture*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. Op. cit. págs. 135 a 152.

Entre otros ámbitos, la EPA introdujo estos conceptos en su actividad normativa. Como resultado, la EPA desarrolló a principios de 1983 un procedimiento de elaboración de reglamentos utilizando la negociación. De este esfuerzo piloto surgieron siete regulaciones, (por ejemplo, la relativa a la inyección de residuos peligrosos bajo el suelo). Tras estas experiencias iniciales en las que se tuvieron en cuenta los intereses de los sectores afectados, la EPA concluyó, después de evaluar sus éxitos y fracasos, que la negociación para la determinación del contenido de una norma sería una parte esencial de sus procedimientos. En consecuencia, la EPA estableció distintos criterios y consideraciones para determinar cuáles de las regulaciones propuestas eran apropiadas para ser elaboradas negociadamente. Tras un amplio uso del *Rulemaking* concluyó que ésta técnica, además de ser particularmente apropiada para asuntos en que urge una regulación, permite obtener una gran cantidad de información técnica en el desarrollo del proceso y ayuda a disminuir la litigiosidad de la norma propuesta (ninguno de los reglamentos que finalmente se elaboraron bajo estos procedimientos han sido objeto de litigio). Además, el proceso negociador resulta beneficioso para los participantes. Los grupos con intereses opuestos se sientan juntos alrededor de la mesa negociadora y conocen qué interés resulta clave para cada parte. Tanto en regulaciones de pesticidas, de emisiones contaminantes o de otras muchas materias, se ha podido observar que ha existido una significativa mejora en la comunicación entre grupos que tradicionalmente tenían una relación enfrentada.



## CONCLUSIÓN.

Salvando las diferencias entre la Administración Pública española y la estadounidense, el fomento y puesta en práctica de medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Público norteamericano puede servir de importante ejemplo para la introducción del ADR en nuestro Derecho Público. El modelo de los Estados Unidos, donde se cuenta con una importante experiencia práctica, demuestra que la aplicación de estos modos alternativos al proceso judicial ayuda a solucionar problemas jurídicos de forma eficaz y altamente positiva en la mayoría de los casos.

Los principios básicos de estas técnicas pueden ser trasladables a nuestro país, donde su desarrollo se encuentra todavía en fase de gestación. Así nos encontramos ante vías complementarias y no sustitutivas del sistema judicial, de carácter absolutamente voluntario, que no hacen sino aumentar los instrumentos de defensa de ciudadanos y Administraciones en el ejercicio de sus derechos. Normalmente permiten un ahorro de tiempo y dinero, y dan lugar a soluciones más satisfactorias al adoptarse con mayor información, de forma más rápida y partiendo de la intervención de especialistas. En bastantes ocasiones no deterioran las relaciones entre las partes, ya que las diferentes conversaciones o negociaciones que entre ellas han tenido lugar les han proporcionado un mejor conocimiento de las posiciones e intereses en juego, pudiendo incluso mejorar las relaciones futuras<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup> Así lo entiende Charles Pou en comunicación remitida por correo electrónico el 15 de junio de 1998.



Aunque existen limitaciones legales para el recurso a estos procedimientos, existen materias donde su utilización resulta especialmente aconsejable, como el empleo público, los contratos públicos, los problemas sobre fijación de indemnizaciones o determinación de cantidad, y las cuestiones de gran complejidad técnica como las relativas al medio ambiente. En aquellos casos en que existen muchos intereses afectados, estos métodos han demostrado tener una especial utilidad.

Junto a una importantísima actividad legislativa que ha autorizado expresamente la utilización de estas técnicas en el Derecho Administrativo norteamericano, hay que destacar el gran interés y la intensa participación de las propias agencias, que se han encargado de impulsar y poner en práctica durante su actividad habitual estas vías alternativas, formando a su propio personal, elaborando programas específicos y nombrando a especialistas (DRS) para supervisar su aplicación<sup>201</sup>. La utilidad y eficacia práctica de estos medios alternativos en los Estados Unidos se debe en gran medida a la disposición y al interés de los propios Departamentos administrativos. En los Estados Unidos, ha sido la propia Administración la primera en mostrar su apoyo al uso de estas técnicas, pese a que, por razones puramente presupuestarias, se suprimiese la importante función coordinadora que en este ámbito desarrollaba una agencia independiente: la *Administrative Conference of the United States*. La ACUS había asistido a las agencias en diferentes materias como la formación de su personal, el diseño de sistemas ADR o la creación de listas de neutrales especializados. Su papel en la puesta en práctica y la mejora y seguimiento de estos procedimientos ha sido fundamental. Posteriormente, los esfuerzos del Departamento de Justicia y de las propias agencias han sido primordiales para continuar con la labor de la ACUS, aunque la experiencia ha dejado claro que la supresión de dicha agencia independiente fue un error. Esta situación se ha intentado

---

<sup>201</sup> La sección 3.c) de la Administrative Dispute Resolution Act ordena a cada agencia que proporcione la formación básica en resolución de conflictos al especialista y a los demás empleados dedicados a la puesta en práctica de esta política. La formación debería compaginar teoría y práctica en negociación, mediación, arbitraje u otras técnicas similares a las anteriores. El especialista en resolución de conflictos debe recomendar periódicamente al responsable de la agencia empleados que podrían beneficiarse de una formación similar.

corregir con el respaldo al *Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group*, como órgano de impulso, coordinación y seguimiento del uso del ADR por las agencias federales.

Aunque en los Estados Unidos falta mucho todavía para que el uso de estos métodos por las Agencias Federales se generalice, sí que la independencia, objetividad y mentalidad de las administraciones norteamericanas, conscientes de la utilidad práctica de este tipo de técnicas, ha permitido grandes avances. En nuestro país, una posible regulación de los medios alternativos de solución de conflictos administrativos y su puesta en práctica han de pasar obligatoriamente por un compromiso serio de las distintas Administraciones Públicas con el impulso y el fomento de estos procedimientos. Su verdadera operatividad tendrá lugar cuando se venza definitivamente la desconfianza existente hacia este tipo de técnicas, para lo que es necesario un periodo de prueba que proporcione experiencias y conclusiones. Incluso, las Administraciones Públicas deberían colaborar en la formación de neutrales independientes y en la cooperación con otras administraciones.

Por último hay que decir que los distintos procedimientos existentes no son cerrados ni únicos. Las partes pueden diseñar la vía que consideren más adecuada para arreglar sus diferencias. Existen, incluso, figuras intermedias como el sistema Mediación-Arbitraje (más conocido como *Med-Arb*) o aquél en el que un *Factfinder* realiza un informe de los hechos para que sirva de base a unas negociaciones promovidas por un mediador, o, si estas fallan, para un arbitraje). Del mismo modo, como considera Charles POU<sup>202</sup>, los modos autocompositivos o amistosos pueden ofrecer a las administraciones y a quienes con ellas tratan mayores beneficios que el arbitraje vinculante. Además de plantear menos inconvenientes legales, contribuyen a mantener las relaciones entre las partes y a adaptar mejor a sus necesidades la decisión final.

---

<sup>202</sup> Información remitida por correo electrónico el 15 de junio de 1998. POU considera que el arbitraje vinculante «*is little more than "rent a judge"*».



**SEGUNDA PARTE**

**“Otros Modos de Solución de Conflictos  
Administrativos en Francia”.**





## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>.

El colapso de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es un hecho aislado que tiene lugar únicamente en nuestro país. En una mayor o menor medida este gran problema afecta a los diferentes países que cuentan con unos sistemas jurídico-administrativos mínimamente desarrollados. Las causas que lo originan y las consecuencias que produce son comunes, al igual que sucede con la creciente preocupación por el estudio de soluciones alternativas a la vía jurisdiccional.

Perfeccionar la Justicia Contencioso-Administrativa, dotándola de una mayor eficacia, no es la única solución. Es necesario, además, proporcionar otras vías alternativas a la judicial que permitan resolver de una manera más eficiente las diferencias que surjan entre los distintos sujetos de una relación jurídico-administrativa.

El interés por introducir en el Derecho Administrativo estos medios, que tanta aceptación han tenido en el Derecho Privado, va en aumento en la mayoría de los países, destacando el caso de los Estados Unidos de América que, como más adelante veremos, cuenta con una normativa en vigor sobre el particular. También en Francia existe una creciente preocupación y, pese a la falta de una legislación general al respecto, la doctrina científica y su Consejo de Estado han alcanzado importantes conclusiones.

---

<sup>1</sup> Quiero expresar mi gratitud, por sus inestimables consejos y su valiosa ayuda, al Prof. Dr. Franck MODERNE de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne), y mi agradecimiento al Colegio de España en París por su acogida.

Estudiar la evolución de esta cuestión en el Derecho comparado más relevante ayudará, sin ninguna duda, en las reflexiones que tengan lugar al respecto en nuestro país. Por otra parte, hay que ser conscientes de que estos nuevos modos de solución de conflictos en materia administrativa no constituyen, hoy por hoy, la panacea al problema. Es preciso fomentar el desarrollo de los mismos y su mayor funcionamiento práctico. A falta de una mayor experiencia, se puede afirmar que un desarrollo prudente del recurso a estos métodos puede constituir una de las vías de solución al problema de la elevada litigiosidad administrativa.

En Francia, país del que ahora nos vamos a ocupar, el estudio y la utilización de estas técnicas se viene produciendo en Derecho Administrativo desde hace ya muchos años<sup>2</sup>. A diferencia de lo que ha venido sucediendo en nuestro país, la doctrina dedica una atención permanente a esta cuestión y en los manuales de Derecho Administrativo suele existir un apartado dedicado exclusivamente a este tema<sup>3</sup>. Sin embargo, ha sido a partir de un reciente estudio del *Conseil d'État*<sup>4</sup>, órgano creador de la justicia administrativa, cuando el interés al respecto ha cobrado un verdadero impulso. Este sucinto estudio, que servirá de punto de partida al presente trabajo, recoge la escasa aceptación de estas técnicas en el derecho positivo y elabora una serie de propuestas que mejoran e incentivan su aplicación. A la vez, dicho estudio general ha servido de estímulo a la doctrina científica francesa que ha aumentado su preocupación sobre el particular<sup>5</sup>, desarrollando las conclusiones alcanzadas por el Consejo de Estado.

---

<sup>2</sup> Véase a modo de ejemplo el artículo 69 de la Ley de 17 de abril de 1906 o los artículos de Jean Marie Auby sobre el arbitraje o la transacción en materia administrativa publicados, en 1955 y 1956, en *L'Actualité Juridique de Droit Administratif*.

<sup>3</sup> Así ocurre, por ejemplo, en Auby, Jean Marie y Drago, Roland; *Traité de Contentieux Administratif*. Tomo I. 3ª Edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1984. Págs. 27 a 55. También, entre otros, puede verse Vedel, George y Devolvé Pierre; *Droit Administratif*. Tomo II. 12ª edición. Presses Universitaires de France. París, 1992. Págs. 33 a 51.

<sup>4</sup> Conseil d'État; *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*. Les études du Conseil d'État, La Documentation Française. París, 1993.

<sup>5</sup> Sirva a modo de ejemplo el nº 1 de 1997 de la revista *L'Actualité Juridique de Droit Administratif*, que está dedicado monográficamente a esta cuestión.

A continuación vamos a intentar exponer de una manera genérica la evolución reciente de los modos alternativos de solución de conflictos administrativos en el Derecho francés. Queremos dejar claro que, en este breve análisis, no existe ninguna pretensión de abarcarlo todo, ni de llegar a detalles que requerirían una intensísima dedicación. Simplemente se pretende dar una visión general que propicie la reflexión y el debate sobre un tema cuya importancia debe ser trasladada a nuestro país.

#### **A). EL ESTUDIO GENERAL DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS.**

Por una carta de 10 de julio de 1991, la Primera Ministra francesa, Mme. Edith Cresson, expresó su deseo de que la Sección de Informes y Estudios del Consejo de Estado procediera a realizar un estudio general sobre los modos alternativos de solución de conflictos en materia administrativa. En esta carta al Vicepresidente del Consejo de Estado francés, la Primera Ministra expresaba la voluntad de su gobierno de perseverar en el esfuerzo de modernización de la Administración. Indicaba además que el Derecho francés debía prever, no sólo un acceso amplio y fácil a las instancias jurisdiccionales, sino también procedimientos de solución de conflictos más rápidos y menos formales, dentro de ciertos límites, que contribuyeran de este modo al acercamiento de la Administración y los particulares.

La Sección aprobó el estudio en su sesión de 16 de diciembre de 1992 y éste fue sometido al examen de la Asamblea General del Consejo de Estado que lo adoptó el 4 de febrero de 1993. En él se aborda la problemática existente y se analiza el derecho positivo para después pasar a examinar las diferentes figuras. Recurso administrativo previo, mediación y conciliación, transacción, y arbitraje son objeto de análisis y propuestas. El último apartado del estudio se dedica al examen de las experiencias extranjeras. Dentro de estas técnicas el Consejo de Estado francés incluye el recurso administrativo previo, en cuanto contribuye a resolver las diferencias entre Administración y particulares, evitando así que surja el litigio. Por otra parte, el Consejo de Estado también diferencia conciliación, mediación y transacción de arbitraje, en

cuanto las primeras tienen su origen en la voluntad de las partes de acercar sus posturas y encontrar soluciones, mientras que en el segundo es el árbitro el que resuelve un conflicto en el cual los intereses enfrentados parecen irreconciliables.

La acertada preocupación del Consejo de Estado francés sobre el desarrollo futuro de estos nuevos modos de solución de conflictos se centra en que las posibles medidas de carácter político o técnico que sean adoptadas deben garantizar su calidad e imparcialidad<sup>6</sup>. Estamos ante un problema serio en el que, al igual que ocurre en la legislación estadounidense, las principales preocupaciones son la integridad, imparcialidad e independencia de las personas encargadas de llevar a la práctica dichos métodos, y las condiciones en las cuales los representantes de las Administraciones pueden ser autorizadas a transigir, negociar o recurrir al arbitraje.

El estudio encargado por la Primera Ministra a la Sección de Informes y Estudios del Consejo de Estado muestra, por un lado, la utilidad de los nuevos modos de resolver los litigios en materia administrativa y, por otro, la dificultad de desarrollarlos de forma global y significativa. Pese a ello, e independientemente de que nuestro Derecho Administrativo esté claramente inspirado en el sistema francés, vamos a tener muy en cuenta este estudio en cuanto constituye el documento europeo que con más profundidad ha abordado estos temas.

## **B) RAZONES DE LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.**

Según el Consejo de Estado Francés, estos otros modos de resolver los litigios en materia administrativa han existido siempre. Por ello que hay que preguntarse por qué su estudio reviste actualmente una importancia tan significativa. Las razones principales de esta constatación son las siguientes<sup>7</sup>:

---

<sup>6</sup> Véase al respecto Conseil d'État; *Régler autrement les conflicts*. Op. cit. pág. 17.

<sup>7</sup> Véase Conseil d'État; op. cit. págs. 14 a 16.

a) La preocupación por la descongestión del contencioso-administrativo va ligada al problema de la saturación de la Jurisdicción Contenciosa, no sólo constatado en Francia, sino también en muchos otros países<sup>8</sup>. El Consejo de Estado, desde 1984, se ha interesado en esta cuestión y, por citar un ejemplo, el artículo 13 de la Ley 87-1127, de 31 de diciembre de 1987, de reforma del contencioso-administrativo, refleja los estudios que ha llevado a cabo en esta materia, dando una base legal para que el Estado, las Administraciones territoriales y sus organismos públicos utilicen, en materia de contratos o de responsabilidad extra-contractual y antes de recurrir a la vía arbitral o contenciosa, procedimientos previos de recurso administrativo o de conciliación. Una justicia lenta pierde su eficacia y valor.

b) Las preocupaciones por la equidad están presentes en la solución de ciertos litigios cuando la aplicación estricta de la norma jurídica desemboca en soluciones difícilmente comprensibles sobre el plano humano o por sus consecuencias financieras. La institución del *Médiateur*, (Ley 73-6, de 3 de enero de 1973), tiene precisamente por objeto ocuparse, bajo el ángulo de la equidad, de las reclamaciones de los ciudadanos. Pero fuera de esta institución, creada hace más de 25 años, parece necesario preguntarse si otras fórmulas como la conciliación o la transacción no podrían haber sido investigadas antes.

c) El gasto de tiempo es una preocupación fundamental para una Administración que busca la modernidad y la eficacia. Ya no se trata solamente de evitar los posibles conflictos que puedan surgir, sino de ponerles fin lo más rápidamente posible, (antes de agotar los cauces jurisdiccionales, especialmente en aquellos casos susceptibles de

---

<sup>8</sup> Hay que recordar que en 1970 el Consejo de Estado francés había conocido unas 2.800 demandas y que en 1990 había recibido ya 9.700. Lo mismo ocurre con el conjunto de la jurisdicción administrativa: los Tribunales Administrativos registraron 22.000 demandas por año en 1976 y, quince años más tarde, el número se elevó a 78.000. Conseil d'État; op. cit. pág. 24. Véanse las reflexiones y datos que a este respecto da Brisson, Jean-François; *Régler autrement les litiges administratifs: Les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés?* Revue de Droit Public, n° 3. 1996. Págs. 794 a 796. En 1994, los asuntos que entraban en los Tribunales Administrativos tardaban una media de dos años en ser resueltos. Kayser, Pierre; *La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables.* Justices, n° 3. 1996. Págs. 203.

recursos de apelación o casación). Tanto conciliación como transacción pueden tener lugar no solamente antes del acceso de los justiciables a la vía judicial, sino también posteriormente, cuando, al iniciarse ésta, las partes acuerdan poner fin al litigio evitando así costes suplementarios.

d) El reciente desarrollo de ciertos litigios de carácter contractual, (litigios nacidos de contratos internacionales o de derecho privado concluidos por la Administración, de contratos públicos, etc.), ahonda en el mismo sentido. Incluso aquí soluciones amistosas como la transacción o la conciliación pueden no ser suficientes. La necesidad, no solamente de rapidez y de ahorro de tiempo y dinero, sino también de buena imagen, de confidencialidad y de flexibilidad, puede justificar el recurso excepcional al arbitraje.

e) Finalmente, como menciona la Primera Ministra en su carta, la preocupación por el acercamiento de la Administración a los administrados propicia el interés por estas técnicas en las que ambas partes siempre están en contacto. La intervención judicial no se opone ciertamente a dicho acercamiento, aunque tampoco lo facilita. Sin embargo, el recurso previo, la mediación, la conciliación y la transacción son cauces que permiten instaurar un diálogo directo, que intenta desembocar en un compromiso o acuerdo, (mientras que el juez resuelve las controversias en las que las posiciones de las partes se han convertido en antagónicas y donde el principio de contradicción del proceso judicial promueve el distanciamiento entre ellas).

Para el *Conseil d'État*<sup>9</sup>, los nuevos modos de solución de conflictos en materia administrativa pueden y deben aportar una solución a este problema común a las complejas sociedades de finales del siglo XX, que no es otro que la multiplicación de los conflictos entre la Administración y los particulares, con la necesidad de solucionarlos de la forma más rápida y mejor posible. Ahora bien, un desarrollo prudente

---

<sup>9</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 27.

de estos nuevos medios no puede en ningún caso atentar contra los principios fundamentales sobre los que reposa el Derecho Administrativo francés: primacía del interés general, control de la legalidad de los actos de la Administración, etc.





## CAPÍTULO II. RECURSO PREVIO, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN.

### A) RECURSO PREVIO.

En el país vecino, la revitalización del recurso administrativo previo parece tener importantes efectos de cara a la reducción de la litigiosidad administrativa<sup>10</sup>. Sin embargo, este punto será abordado con un menor detenimiento en cuanto considero que, si la resolución del recurso administrativo se hace por la propia Administración, su estudio debe realizarse fuera del dedicado a los medios alternativos de solución de conflictos administrativos<sup>11</sup>. Mejorar la eficacia de los recursos administrativos es otra de las vías que, junto a la mejora de la tutela judicial y a estos nuevos modos de resolver conflictos, sirven para agilizar la Justicia Administrativa. Por ello, en este apartado nos limitaremos a analizar brevemente las conclusiones del Consejo de Estado sobre este

---

<sup>10</sup> BRISSON se muestra muy crítico sobre la falta de soluciones jurisdiccionales a este problema y defiende el recurso administrativo previo como una respuesta al mismo. Brisson, Jean-François; op. cit. págs. 795 a 797 y 804. Véase también Auby, Jean Marie; *Les recours administratifs préalables*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997. Págs. 10 a 15. Sobre el recurso administrativo en Alemania, véase Fromont, Michel; *L'exemple allemand (les modes alternatifs de règlement des litiges)*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997. Págs. 59 a 61. Sobre el término Procedimiento Administrativo No Contencioso (PANC), acuñado en Francia, véase Tornos Mas, Joaquín; *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos*. RAP, nº 136. 1995. Pág. 153.

<sup>11</sup> Así, en Estados Unidos, la solución de conflictos por vía de recurso administrativo previo no forma parte de la categoría de medios alternativos de resolución de conflictos. Richer, Laurent; *Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997. Pág. 4. En España, se intenta fomentar la solución de los recursos administrativos por órganos independientes y especializados que sustituyan a la Administración (art. 107.2 LRJ-PAC), lo que sí constituye, en mi opinión, un sistema alternativo al ordinario de solución de conflictos administrativos. Véase el Capítulo IV.A) de la Tercera Parte de este trabajo.

punto.

El informe del Consejo de Estado destaca el desconocimiento de un principio general del derecho, según el cual los administrados tienen derecho a un examen efectivo de las demandas que presentan ante la Administración, como causa de la necesidad de proceder a esta revitalización del recurso administrativo previo<sup>12</sup>. Este recurso, dirigido a quien dictó el acto (*recours gracieux*), a su superior (*recours hiérarchique*) o a la Administración encargada del control de tutela (*recours de tutelle*), tiene generalmente en Francia un carácter facultativo<sup>13</sup>. Bien porque el afectado por la decisión de la Administración decide dirigirse directamente a los órganos judiciales, bien porque el examen de los recursos previos por parte de la Administración no es efectivo (las demandas son objeto de un examen superficial y existe un abuso del silencio administrativo negativo), el resultado está siendo una mayor “inflación del contencioso”.

Para llevar a cabo esta revitalización, evitando así una aún mayor saturación de los tribunales, el Consejo de Estado realiza tres propuestas:

a) Establecer un recurso previo con carácter obligatorio para determinadas materias. Partiendo del precedente del contencioso fiscal<sup>14</sup>, el Consejo de Estado ha planteado la posibilidad de generalizar la obligatoriedad del recurso. Sin embargo, a parte de ser una solución a largo plazo, la generalización del recurso conllevaría un retraso del momento en el que el juez puede hacerse cargo del litigio e impedir al justiciable, en numerosas situaciones, obtener la suspensión de la ejecución. El éxito del contencioso fiscal se debe a la mentalización de la propia Administración Fiscal y de los

---

<sup>12</sup> Sobre este tema véase Conseil d'État; op. cit. págs. 32 a 38.

<sup>13</sup> Sobre estos recursos véase Gohin, Olivier; *Contentieux Administratif*. Litec. París, 1996. Págs. 11 a 13.

<sup>14</sup> En el contencioso fiscal, desde 1928, la reclamación ante el director de los servicios fiscales es un requisito de carácter previo y obligatorio para poder acceder a la vía judicial. La organización de este recurso pre-contencioso se ha demostrado altamente eficaz ya que, al final, sólo un asunto de cada diez llega a la fase del contencioso. En todos los casos restantes, el contribuyente bien obtiene una satisfacción total o parcial, bien queda convencido por las explicaciones de la Administración y renuncia al contencioso. Conseil d'État; op. cit. pág. 19.

contribuyentes de que es mejor resolver los conflictos antes de alcanzar la vía judicial, y a que las reclamaciones tienen un efecto suspensivo. Por ello, el *Conseil d'État* ha terminado por proponer la utilización de un recurso administrativo previo de carácter obligatorio en aquellas materias que lo permitan, como es el caso de las indemnizaciones por daños derivados de obras públicas o en los casos de silencio administrativo negativo<sup>15</sup>.

b) Fomentar el respeto de las Administraciones al principio de examen efectivo de los recursos previendo un mecanismo sancionador, intentando así vencer la inercia de las Administraciones a descuidar dicho examen. Obviamente se hace casi imposible la apreciación por el juez de si la concreta Administración ha procedido o no a tal evaluación y, por otra parte, se deben evitar investigaciones incompatibles con la sobrecarga de los tribunales, que no sentarían muy bien a las propias Administraciones. Por ello el *Conseil d'État* ha propuesto la institución por decreto de una indemnización que el juez podrá imponer a la Administración, en los límites del artículo R. 741-12 del nuevo Código de Justicia Administrativa<sup>16</sup>, cuando la instrucción haya revelado que un examen efectivo del recurso previo hubiera podido evitar el procedimiento judicial.

c) La medida más útil para revitalizar los recursos previos sería dictar una recomendación general, bajo la forma de una circular del Primer Ministro, aconsejando

---

<sup>15</sup> Téngase en cuenta el artículo 13 de la Ley 87-1127, de 31 de diciembre de 1987, *portant réforme du contentieux administratif*, que establece lo siguiente: "Los decretos del Consejo de Estado determinarán en qué condiciones los litigios contractuales concernientes al Estado, a las administraciones territoriales y a sus establecimientos públicos, así como las acciones que versen sobre su responsabilidad extracontractual deben someterse, antes de toda instancia arbitral o contenciosa, a un procedimiento previo sea de recurso administrativo, sea de conciliación". Este artículo carece de operatividad alguna al no haber sido desarrollado, en lo que a los recursos administrativos previos se refiere, por ningún Decreto. Según BRISSON, que se muestra muy crítico con la obligatoriedad del recurso administrativo previo, esta disposición se realizó pensando más bien en la conciliación. Brisson, Jean-François; op. cit. pág. 807.

<sup>16</sup> El nuevo artículo R. 741-12 del *Code de Justice Administrative*, cuya parte reglamentaria fue aprobada por Decreto 2000-389 de 4 de mayo de 2000 (*Journal Officiel* de 7 de mayo) afirma que "el Juez puede imponer al autor de una demanda que estime abusiva una multa cuyo montante no podrá exceder de 20.000 francos". Este artículo viene a sustituir al antiguo artículo R.88 del *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratifs d'Appel*, derogado por el nuevo Código de Justicia Administrativa, que decía: "En el caso de una demanda juzgada abusiva, su autor se expondrá a una multa que no podrá exceder de 20.000 francos".

a todas las Administraciones que elaboren las disposiciones necesarias para poder proceder a un examen efectivo de las reclamaciones que ante ellas se produzcan. Siguiendo esta propuesta, una Circular del Primer Ministro de 9 de febrero de 1995<sup>17</sup> ha reorganizado los servicios del Estado con el fin de asegurar un tratamiento más eficaz de las reclamaciones de los ciudadanos. Así, el Primer Ministro ha propuesto la creación de oficinas de tratamiento de reclamaciones en cada ministerio, dirección o subdirección, dotadas de personal cualificado, (estructura que sería trasladable a los servicios periféricos del Estado). En ellas se debería: acusar recibo de las reclamaciones; responder a las mismas de forma explícita, motivada y en un plazo normal, que no debería exceder de 2 meses; remitir al reclamante las explicaciones precisas, incluso cuando se hubiera sobrepasado un plazo de 4 meses; en caso de rechazo de la reclamación, precisar las vías y plazos de recurso; etc. También, aconseja una restricción en el uso del silencio administrativo negativo y opta por la obligación de resolver expresamente a los Administrados, teniendo en cuenta el caso concreto y flexibilizando la aplicación de las normas jurídicas. Además, la preparación de la respuesta permite a la Administración evaluar en una fase previa los posibles resultados de un contencioso. Todas estas medidas deben dar un impulso a los procedimientos de recurso previo y constituir un filtro eficaz que impida la llegada al contencioso de un buen número de demandas.

Para la aplicación del mencionado principio general, el *Conseil d'État* propone, entre otras medidas, asignar a este objetivo los medios materiales y personales necesarios, así como perfeccionar la motivación de las decisiones administrativas. La motivación de las decisiones por la Administración será uno de los elementos a tener en cuenta a la hora de evaluar su efectividad en el examen de este recurso previo. Además, proporcionará al administrado una mayor información que le permitirá valorar sus

---

<sup>17</sup> Circular de 9 de febrero de 1995, relativa al tratamiento de las reclamaciones dirigidas a la Administración. *Journal Officiel de la République Française* de 15 de febrero de 1995. Págs. 2522 a 2524. Véase Keromnes, Gwen; *Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative*. Gazette du Palais n° 54-56 (Doctrine). 1997. (23-25 février 1996). Pág. 3.

posibilidades de éxito en una ulterior acción contenciosa<sup>18</sup>. Sin embargo, un cambio de mentalidad tendente a evitar el recurso sistemático a la vía judicial será lo que verdaderamente aumente la efectividad en el análisis de los recursos que presentan los ciudadanos y mejore las relaciones entre éstos y la Administración.

## **B) MEDIACIÓN.**

Aparte de los procedimientos informales de mediación y conciliación que siempre han existido, nos debemos ocupar de los procedimientos formales, de carácter relativamente novedoso en nuestro ámbito. Respecto de la mediación, donde un tercero sin facultades decisorias intercede en un conflicto fomentando el acercamiento entre las distintas posiciones y proponiendo soluciones, destacan las labores que al respecto realiza el *Médiateur*<sup>19</sup>, (figura similar a nuestro defensor del pueblo que, pese a ser por su posición institucional la figura ideal para desempeñar estas funciones, aún no ha desarrollado su ejercicio<sup>20</sup>).

---

<sup>18</sup> Brisson, Jean-François; op. cit. pág. 828.

<sup>19</sup> Por mediación, en Francia, se entiende la acción llevada a cabo por el *Médiateur de la République*. Sin embargo, el *Médiateur* está lejos de ser un verdadero mediador. Sobre el concepto de mediación no existe en Francia una definición precisa y, a menudo, se confunde con la conciliación, de la que se halla muy próxima. Así, la conciliación implica que las partes se reúnan y confronten sus puntos de vista. En ella el conciliador no tiene por misión encontrar una solución, sino promover la discusión entre las partes, pudiendo hacer propuestas y sugerencias. Por contra, el mediador interviene cuando las partes se encuentran tan enfrentadas que no son capaces de encontrar una solución común a través de la discusión y se remiten a un tercero para que la proponga. Muñoz, Frédérique; *Pour une logique de la conciliation*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997. Pág. 43 y 45. El conciliador al limitarse a promover el encuentro y el diálogo entre las partes es, en principio, menos activo que el mediador, que debe realizar propuestas de solución. La única diferencia estriba, pues, en la mayor implicación del tercero. Jarrosson, Charles; *Médiation et conciliation: définition et statut juridique. Conférence de Lyon de 26 septembre 1995, Centre d'Arbitrage Rhône-Alpes: La Médiation: une nouvelle approche pour le règlement des différends commerciaux et administratifs des entreprises*. Gazette du Palais, vol. 2. 1996. Pág. 952.

<sup>20</sup> Según ROSA MORENO, cuya opinión a este respecto comparto plenamente, en el caso del Defensor del Pueblo español y de sus comisionados autonómicos, estamos ante «una institución cuyas potencialidades mediadoras están aún a la espera de ser adecuadamente explotadas» y que, con las debidas reformas, puede actuar «como mecanismo mediador entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos». *El arbitraje administrativo*. McGraw-Hill. Madrid, 1998. Pág. 40.

El *Médiateur* francés<sup>21</sup>, creado por Ley de 3 de enero de 1973, no es, a diferencia de nuestro Defensor del Pueblo, un alto comisionado parlamentario, ya que, aunque dirija sus informes al Presidente de la República y al Parlamento, es nombrado por Decreto de Consejo de Ministros. Su estatuto le confiere una amplia independencia e inmunidad, y, durante su mandato no renovable de seis años, se ocupa de las quejas presentadas por los ciudadanos como consecuencia de sus relaciones con las Administraciones Públicas<sup>22</sup>. Para ello goza de amplios poderes de inspección y supervisión. Sin embargo, no puede intervenir en cuestiones ya planteadas ante los tribunales y tampoco puede actuar de oficio o cuando las reclamaciones no vayan precedidas de los trámites o recursos necesarios ante las Administraciones afectadas. Además, la interposición de una reclamación ante esta autoridad no interrumpe los plazos de los recursos contenciosos. Entre sus funciones hay que destacar su actuación como *intercesseur*, en la que actúa como mediador en base a los buenos oficios, (no teniendo por tanto potestad de decisión, aunque sí tiene amplios poderes de instrucción y de recomendación). A través de esta labor consensual, el *Médiateur* resuelve la inmensa mayoría de las reclamaciones. Para ello, cuenta además con 111 delegados departamentales lo que permite a esta institución desempeñar descongestionada y eficazmente su cometido. Según el estudio del Consejo de Estado, el 85% de las reclamaciones que la institución recibió en 1992 acabaron en una exitosa mediación. El

---

<sup>21</sup> Sobre la institución francesa del *Médiateur* véanse Auby, Jean Marie y Drago, Roland; *Traité de Contentieux Administratif*. Tomo I. 3ª Edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1984. Págs. 33 a 40. Rosa Moreno, Juan; op. cit. págs. 41 a 43. Ikonomou, Alexandre; *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*. Thèse. Universidad de París II (Panthéon-Assas). París, 1982. Págs. 61 a 67 y 120. Bassols Coma, Martín; *Consideraciones sobre los controles extrajudiciales de la Administración: en torno a la reforma del estatuto del Médiateur francés*. RAP, n° 82. 1977. Págs. 381 a 406. En especial, véanse Vedel, George y Devolvé Pierre; *Droit Administratif*. Tomo II. 12ª edición. Presses Universitaires de France. París, 1992. Págs. 34 a 45. Guillaume-Hofnung, Michèle; *La médiation*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 1. 1997. Págs. 30 a 40. Este autor se refiere también a otras figuras, algunas de las cuales no realizan propiamente labores de mediación sino más bien de conciliación: el *médiateur du cinéma*, los *médiateurs de l'Assistance publique*, el *médiateur de la SNCF*, el *médiateur du CNRS*, y los *médiateurs des collectivités locales*. Puede verse también Oppetit, Bruno; Arbitrage, mediation et conciliation. *Revue de l'Arbitrage*. 1984. Págs. 310 y 311.

<sup>22</sup> El legislador obliga a que los administrados dirijan sus reclamaciones a un Diputado o a un Senador. Éstos las dirigirán al *Médiateur*, si estiman que el problema entra dentro de su competencia y merece su intervención, lo que sin duda constituye un filtro importante. También estos parlamentarios pueden solicitar por sí mismos la intervención del Mediador de la República.

aumento de su actividad también ha sido impresionante pasando de 14.000 reclamaciones en 1988 a 30.000 en 1992 (a las que hay que sumar las 5.400 tratadas por el *Médiateur* nacional)<sup>23</sup> y a 44.000 en 1994, (de las que dos tercios corresponden a materias en las que son competentes los jueces administrativos)<sup>24</sup>.

Es doctrina del *Conseil d'État* que el rechazo del *Médiateur* para dar curso a una reclamación que le ha sido formulada no es susceptible de recurso contencioso<sup>25</sup>.

### C) CONCILIACIÓN.

En el procedimiento de conciliación el tercero se limita a acercar a las partes, clarificar los problemas principales del conflicto y facilitar su negociación, careciendo de facultades de decisión. Puede proponer soluciones, pero las partes no tienen por qué aceptarlas y son completamente libres a la hora de resolver el litigio. La conciliación en materia administrativa es un modo amistoso de solución de conflictos en virtud del cual un tercero interviene como conciliador entre el administrado y la Administración, con el fin de ayudar a encontrar una solución aceptable para ambas partes, susceptible de evitar el contencioso y conforme al orden público<sup>26</sup>. El órgano conciliador, que puede ser unipersonal o colegiado, debe estar caracterizado por las notas de especialidad, imparcialidad e independencia.

Dicho procedimiento no cuenta todavía con un desarrollo práctico relevante, pese

---

<sup>23</sup> Según los datos del *Conseil d'État*. Op. cit. págs. 14 y 17.

<sup>24</sup> Datos ofrecidos por Françoise DUCAROUGE en su estupendo trabajo *Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français*. *Revue Française de Droit Administratif*, n° 1. 1996. Pág. 89.

<sup>25</sup> *Conseil d'État, Assemblée, 10 juillet 1981, RETAIL*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1981. Págs. 303 y ss.

<sup>26</sup> Gohin, Olivier; *Contentieux Administratif*. Op. cit. pág. 15. Véase también Muñoz, Frédérique; *Pour une logique de la conciliation*. Op. cit. Págs. 41 a 47. Rials, Stéphane; *Arbitrage et règlement amiable. Répertoire de Contentieux Administratif*. Vol. I. Dalloz. Paris, 1999. § 97 a 135. Sobre las diferencias entre mediación y conciliación téngase en cuenta la nota 19.



a la existencia de importantes previsiones legales. La conciliación es, sin duda, un procedimiento que ha existido siempre en el plano informal, pero que encuentra algunas dificultades para desarrollarse sobre un plano más formalizado. Desde el *Conseil d'État* se han realizado numerosas propuestas tratando de impulsar la creación de una legislación más específica en la materia para permitir la utilización práctica de este mecanismo. Además, con los debidos controles y garantías, se debe potenciar la conciliación extrajudicial, en cuanto es una valiosa vía de escape para solucionar los numerosos conflictos que inundan los Tribunales de Justicia.

### **a) La conciliación extra-judicial.**

Sin tener en cuenta los procedimientos de conciliación ante *comites de règlement amiable*, que estudiaremos posteriormente, podemos afirmar que las referencias legales a procedimientos de conciliación son escasas y que nos encontramos ante una figura eminentemente práctica. Podemos destacar los supuestos que enumeramos a continuación.

En primer lugar, el artículo 6 de la Ley 59-1557, de 31 de diciembre de 1959, sobre relaciones entre el Estado y las instituciones de enseñanza privada, creó unos comités departamentales de conciliación en materia de cooperación local, que debían conocer, obligatoriamente y con carácter previo a todo recurso contencioso, los litigios derivados de los contratos concluidos con dichas instituciones. Por otra parte, el Decreto 81-238, de 10 de marzo de 1981, estableció unos modelos de convenios relativos a los servicios públicos de transporte de interés local. En ellos, la autoridad contratante y la empresa que explotaba el servicio convenían que los litigios que resultasen de la aplicación del contrato constituirían el objeto de una tentativa de conciliación ante un experto designado de común acuerdo<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Laubadère, André de, Moderne, Franck y Devolvé Pierre; *Traité des Contrats Administratifs*. Tomo II. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2ª Edición. París, 1984. Pág. 931. Según estos autores, la tentativa de conciliación es un requisito previo a la vía contenciosa, por lo que la falta de acuerdo en la elección del experto podría

También, el artículo 13 de la Ley de 31 de diciembre de 1987, por la que se reforma el contencioso administrativo, reenvía a ulteriores decretos del Consejo de Estado la necesidad de determinar las condiciones en que ciertos litigios sobre contratos públicos y responsabilidad extracontractual deben someterse, de forma previa a toda instancia arbitral o contenciosa, a procedimientos de recurso administrativo o de conciliación<sup>28</sup>. Dado su carácter previo y obligatorio, la ausencia del recurso a la conciliación impide el posterior recurso contencioso. El acuerdo de las partes fruto de la conciliación evita dicho recurso, pero si éste no se alcanza queda abierta la vía contenciosa y se extinguen todas las medidas provisionales que se hubiesen acordado<sup>29</sup>.

No hay que olvidar un supuesto muy habitual en la práctica de los contratos de las entidades locales. Los contratistas pueden, en caso de conflicto, dirigirse a la vía contenciosa, pero también pueden acudir al Prefecto y que sea éste quien se dirija contra la Administración. Sin embargo, el Prefecto, en ejercicio de su función de tutela como representante del Estado<sup>30</sup>, suele actuar como conciliador entre contratista y Administración, intentando así evitar el recurso ante los tribunales. Asimismo, el artículo 31 de la Ley 88-13, de 5 de enero de 1988, sobre mejora de la descentralización, introdujo en cada Departamento una comisión de conciliación para resolver los conflictos que se produjesen en materia de cooperación local.

Asimismo, el artículo L. 121-9 del *Code de l'Urbanisme* (introducido por el artículo 39 de la Ley 83-8, de 7 de enero de 1983), desarrollado por los artículos R.121-2

---

impedir el acceso a la vía contenciosa. Sin embargo, estiman que el rechazo de la Administración -expresamente o por silencio transcurrido el plazo de cuatro meses- o de la empresa a la propuesta de la otra parte determina el fracaso en la tentativa de conciliación y ello permite la presentación del recurso contencioso.

<sup>28</sup> Véase el artículo 13 de la Ley 87-1127, de 31 de diciembre de 1987, reproducido en nota 15.

<sup>29</sup> Así, el fracaso en la tentativa de conciliación obliga a las partes a reintegrar los anticipos provisionalmente entregados para facilitar el acuerdo. Conseil d'État; *Assemblée*, 24 avril 1968, *SOCIÉTÉ CONCESSIONNAIRE FRANÇAISE POUR LA CONSTRUCTION ET L'EXPLOITATION DU TUNNEL ROUTIER SOUS LE MONT BLANC*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1968. Pág. 256.

<sup>30</sup> Laubadère, Moderne y Devolvé; *Traité des Contrats Administratifs*. Tomo II. Op. cit. pág. 931.

a R. 121-12 del mismo Código (Decreto 83-810, de 9 de septiembre de 1983) y por una Circular de 10 de enero de 1984 (*Journal Officiel* de 15 de marzo), crea, en cada Departamento, una Comisión de conciliación en materia de elaboración de planes generales, parciales, de ocupación de suelos y de todo documento urbanístico municipal oponible a terceros<sup>31</sup>. Esta Comisión, que no ha funcionado en la práctica, se compone, a partes iguales, de representantes municipales, elegidos por los Alcaldes de los municipios que componen el Departamento en donde se halla la Comisión, y de personas especializadas, designadas por el representante del Estado (Prefecto). Sus miembros eligen entre sí al presidente, que debe ser un representante municipal, el cual dirigirá los trabajos y tendrá voto de calidad en caso de empate. La Comisión, cuya sede radica en la Prefectura del Departamento, interviene a instancia de aquellos entes u organismos públicos que han emitido un informe desfavorable sobre el documento urbanístico. Puede intentar un acuerdo o, en el plazo de un mes desde que finalizó el período de información pública de los citados documentos, formular una propuesta con la misión de facilitar el debate que permita alcanzar un compromiso ulterior, pero no trata de imponer una solución. El acuerdo o, en su defecto, las proposiciones de la Comisión son notificados a los interesados y expuestos al público en las Prefecturas y en los Ayuntamientos.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo L. 1112-3 del nuevo Código de la Sanidad Pública<sup>32</sup> establece que, en cada organismo sanitario, una comisión de conciliación está encargada de asistir y orientar a toda persona que se considere víctima de un perjuicio derivado de la actividad del mencionado organismo, y de indicarle las vías de conciliación y de recurso de los que ella disponga.

---

<sup>31</sup> Jacquot, H.; *Commission Départementale de conciliation*. Urbanisme, 1995. Collection Dalloz Immobilier. Dalloz. Paris, 1995. Págs. 165 a 167.

<sup>32</sup> La parte legislativa del nuevo *Code de la Santé Publique* ha sido aprobada por la *Ordonnance* 2000-548, de 15 de junio de 2000 (*Journal Officiel* de 22 de junio). Su artículo L-1112-3 se corresponde con el artículo L. 710-1-2 del antiguo Código de la Sanidad Pública, en la redacción dada por la Ley 99-1140, de 29 de diciembre de 1999.

## **b) La conciliación judicial.**

De gran importancia es, sin duda, el artículo L. 211.4 del Código de Justicia Administrativa<sup>33</sup>, que confiere a los Tribunales Administrativos una misión general de conciliación.

El Consejo de Estado francés ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta legislación. Sus pronunciamientos se refieren al antiguo párrafo segundo del artículo L.3 del *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratifs d'Appel*, pero son completamente válidos y aplicables al nuevo artículo L. 211.4 del *Code de Justice Administrative*, que lo sustituye. Así, en el asunto *Veriter*<sup>34</sup> el Consejo ha aportado dos precisiones fundamentales sobre esta institución<sup>35</sup>:

- El párrafo 2º del artículo L.3 del Código de los Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de Apelación es de aplicación directa, incluso a falta de

---

<sup>33</sup> El artículo L. 211.4 del *Code de Justice Administrative*, aprobado en su parte legislativa por la *Ordonnance* 2000-387, de 4 de mayo de 2000 (*Journal Officiel* de 7 de mayo), dispone que “los tribunales administrativos pueden ejercer una misión de conciliación”. Este artículo sustituye al párrafo 2º del artículo L.3 del *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratifs d'Appel*, introducido por el artículo 22 de la Ley 86-14, de 6 de enero de 1986 y derogado por el Código de Justicia Administrativa, que establecía: “Los tribunales administrativos ejercerán igualmente una misión de conciliación”. De destacar es Levy, Michel; *La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 9. 1987. Págs. 499 a 519. Véase Dupuy, Roger-Christian, Perret, Jean-Marie et Beyssac, Roland; *La pratique de la conciliation au Tribunal administratif de Nantes*. Revue Française de Droit Administratif, nº 3. 1999. Págs. 611 a 621. Estos autores presentan dos casos en los que las indemnizaciones a los comerciantes perjudicados por la realización de obras públicas se determinan mediante este procedimiento de conciliación, lo que trae como resultado un ahorro más que notable de tiempo y dinero para las partes, un alto grado de satisfacción para todos, y un alivio en el ingente trabajo de los tribunales. Véase, finalmente, Heers, Mireille; *La conciliation par le juge administratif et ses devoirs*. Gazette du Palais, vol. 2. 1996. Págs. 478 a 480.

<sup>34</sup> Conseil d'État; *Assemblée, 23 juin 1989, VERITER*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1989. Págs. 146 y ss.

<sup>35</sup> HONORAT y BAPTISTE, que han comentado esta resolución del Consejo de Estado francés, se muestran escépticos sobre la futura utilización de este procedimiento de conciliación. En su comentario, se preguntan sobre la influencia de la conciliación en eventuales procedimientos contenciosos que se produzcan posteriormente y critican la ausencia de mayores indicaciones sobre el concreto procedimiento. Consideran que la demanda de conciliación no interrumpe el plazo para la interposición del recurso contencioso y que el acuerdo de las partes es imprescindible para que los tribunales ejerzan válidamente esta misión, abogando de este modo por una conciliación facultativa. De todos modos, consideran que el legislador debería precisar los contenidos de esta institución que, en el estado actual, es altamente difícil de poner en funcionamiento. Honorat, Edmond et Baptiste, Eric; *Chronique générale de jurisprudence administrative française*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1989. Págs. 424 a 426.

decretos que lo desarrollen. El Consejo de Estado, creyendo quizás que ningún decreto de desarrollo iba a ser publicado en un horizonte previsible, ha preferido dejar a dichos tribunales el encargo de definir los principios fundamentales para el desarrollo de la conciliación. Será cada tribunal encargado de esta misión el que fije las condiciones para su ejercicio. Una decisión en otro sentido hubiera podido conllevar el riesgo de ver el procedimiento de conciliación paralizado por la ausencia de tales decretos.

- Al igual que ocurría con el *Médiateur*, la decisión por la cual un Tribunal Administrativo rechaza ejercer esta misión de conciliación no puede ser objeto de recurso contencioso<sup>36</sup>.

Posteriormente, el *Conseil d'État* ha llevado a cabo importantes reflexiones sobre este procedimiento de conciliación<sup>37</sup> que pasamos a sintetizar a continuación:

a) Aunque la falta de una conciliación obligatoria pone en peligro que este procedimiento sea verdaderamente puesto en práctica, el *Conseil d'État* ha sugerido el desarrollo de la conciliación facultativa<sup>38</sup>, cuyo funcionamiento depende del acuerdo de las partes. Sin embargo, en el ordenamiento francés existen conciliaciones obligatorias como es el caso de la conciliación pre-contenciosa en materia deportiva prevista en el artículo 19 de la Ley 84-610, de 16 de julio de 1984, relativa a la organización y a la promoción de las actividades físicas y deportivas, en la redacción dada por el artículo 14 de la Ley 92-652, de 13 de julio de 1992<sup>39</sup>. Este artículo establece un procedimiento

---

<sup>36</sup> El nuevo artículo L. 211.4 del Código de Justicia Administrativa ha aclarado que ésta es una misión que los tribunales no están obligados a llevar a cabo. Nótese como el único cambio introducido en su tenor ha sido para sustituir "ejercerán" por "pueden ejercer".

<sup>37</sup> Véase, en general, *Conseil d'État*; op. cit. págs. 39 a 48.

<sup>38</sup> El Consejo de Estado francés parece mostrarse en contra de una conciliación obligatoria. Así paralizó un Decreto que le fue sometido el 28 de junio de 1990 y que preveía un procedimiento obligatorio de recurso previo y de conciliación en materia de obras públicas y de responsabilidad decenal. Sobre este parecer del Consejo de Estado francés a favor de la conciliación facultativa véase *Conseil d'État*; op. cit. págs. 18-19 y 39-40. En el mismo sentido Ducarouge, Françoise; op. cit. pág. 94. También Levy, Michel; op. cit. pág. 504.

<sup>39</sup> Véase al respecto Couzinet, Philippe; *Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire: la conciliation sportive précontentieuse*. *Revue Française de Droit Administratif*, n° 2. 1997. Págs. 365 a 373. Según los datos que aporta este autor, en 1997 se conciliaron 277 asuntos de 399 (un 69,42 %), y, de los 122 asuntos no

de conciliación previo a todo recurso contencioso que tenga por objeto un conflicto que afecte a deportistas federados, a las agrupaciones deportivas, y a las federaciones. Los conciliadores son designados por el Comité Nacional Olímpico y Deportivo Francés y la ausencia de este trámite o el logro de un acuerdo determinan la inadmisibilidad del asunto ante los Tribunales Administrativos.

b) Además, aunque no es posible transigir sobre la legalidad de un acto administrativo, hay ocasiones en que la Administración puede elegir entre varias decisiones igualmente legales y es ahí donde, por razones de oportunidad, la conciliación podría jugar un papel importante. A parte del ámbito de la discrecionalidad administrativa<sup>40</sup>, el campo de aplicación del procedimiento de conciliación se extiende, entre otras materias, a los llamados *marchés publics*<sup>41</sup> y al ámbito de la responsabilidad administrativa<sup>42</sup>. El conciliador debe velar, en cualquier caso, por el respeto a las reglas de orden público<sup>43</sup>.

c) Las aportaciones más importantes del *Conseil d'État* se centran en el procedimiento de conciliación, que, a parte de ser facultativo, debe caracterizarse por su flexibilidad. Una vez presentada una demanda ante un Tribunal Administrativo, el

---

conciliados, sólo 25 fueron llevados ante los tribunales competentes.

<sup>40</sup> Ducarouge, Françoise; op. cit. pág. 93. Para este autor, el único ámbito donde la conciliación parece radicalmente excluida es el contencioso electoral.

<sup>41</sup> El Consejo de Estado, para evitar ambigüedades, da una definición de éste término: «es un contrato por el cual una persona pública (en ciertos casos privada) encarga a una empresa realizar para su beneficio una prestación mediante una remuneración consistente en un precio». *Conseil d'État*; op. cit. pág. 91. Parece que bajo el concepto de *Marché Public* deben englobarse todos aquellos contratos cuyo contenido se basa en prestaciones directas. Cuando las prestaciones que configuren el contenido del contrato sean indirectas, (por ejemplo, las realizadas mediante el sistema de concesión), estaremos ante contratos administrativos que exceden de esta categoría.

<sup>42</sup> Aquí se plantea un problema dado que la mayoría de los entes públicos distintos del Estado se benefician de seguros de responsabilidad. El artículo L.124.2 del Código de Seguros establece que ninguna transacción ni ningún reconocimiento de responsabilidad realizados al margen del asegurador serán oponibles a éste. La aplicación estricta de esta cláusula prohíbe, en principio, a la entidad pública asegurada participar en un procedimiento de conciliación ni transigir sin el acuerdo de su asegurador. Sin embargo, la mayoría de las compañías aseguradoras no se oponen a esta forma de arreglo de controversias. *Conseil d'État*; op. cit. págs. 87 y 88.

<sup>43</sup> Levy, Michel; op. cit. pág. 504 y 511.

presidente del mismo debe proceder a su examen con el fin de ver si es manifiestamente inaceptable o sus conclusiones no están fundadas<sup>44</sup>, pudiendo también analizar si el asunto es susceptible de ser resuelto mediante un procedimiento de conciliación. En esta fase inicial del procedimiento, el presidente del tribunal puede<sup>45</sup>, bien de oficio o a iniciativa de cualquiera de las partes, poner en marcha el mencionado procedimiento, aunque para ello es fundamental el consentimiento de ambas partes. También, éste procedimiento puede iniciarse tras la fase de instrucción, una vez que los hechos han quedado fijados. Paradójicamente, el *Conseil d'État* afirma que, con el fin de evitar la dilatación temporal de los procedimientos, la demanda de conciliación no tiene por efecto la suspensión o interrupción de los plazos del recurso, algo que puede desalentar la utilización de este mecanismo. Una vez iniciado, el presidente del tribunal tiene un amplio margen de apreciación para, bien enviar al demandante ante la Administración con el fin de que ambos traten de conciliar sus posturas sin intervención de un tercero, bien de designar uno o varios conciliadores en función de las circunstancias propias de cada asunto<sup>46</sup>. Para el Consejo de Estado, la duración de la tentativa de conciliación debe limitarse a un máximo de cuatro meses, renovable eventualmente por otros cuatro a demanda motivada del órgano conciliador con consentimiento de las partes. Este órgano puede permitir la asistencia de aquellas personas que puedan verse afectadas por el procedimiento, sin que ello implique que sean reconocidas como partes. Finalmente, si el acuerdo se logra, éste debe respetar la legalidad vigente y tiene el valor de un contrato, debiendo firmarse por ambas partes y el conciliador, (normalmente conduce a una

---

<sup>44</sup> En este caso puede proceder al rechazo de la misma conforme al artículo R. 222-1 del nuevo *Code de Justice Administrative*, cuya parte reglamentaria fue aprobada por Decreto 2000-389 de 4 de mayo de 2000 (*Journal Officiel* de 7 de mayo). Antes esta regulación se encontraba en el artículo L.9 del Código de los Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de Apelación.

<sup>45</sup> Recordemos que, según se desprende del mencionado asunto *Veriter*, la negativa de un juez a ejercer esta misión de conciliación no podía ser objeto de recurso.

<sup>46</sup> Para facilitar esta designación, en cada Tribunal Administrativo deberá existir una lista de conciliadores disponibles (juristas o técnicos expertos), aunque ello no excluirá la facultad de escoger conciliadores de listas establecidas por otros tribunales o de fuera de éstas. No parece conveniente que los conciliadores sean jueces del propio tribunal porque, además de incrementar su volumen de trabajo, podría temerse por su imparcialidad en caso de que la conciliación fracasase y el asunto debiera resolverse judicialmente. Levy, Michel; op. cit. pág. 516.

transacción, con los efectos que ello conlleva<sup>47</sup>). A falta de pacto, se realiza la oportuna comunicación al presidente del tribunal y las propuestas presentadas por las partes y los documentos del procedimiento de conciliación, no se incorporan a las actuaciones, excepto acuerdo unánime de las partes<sup>48</sup>.

d) Consecuentemente con el carácter facultativo de la conciliación, el Tesoro Público no debe correr con sus gastos. En caso de acuerdo, en él se harán constar los costes del proceso y los honorarios del órgano conciliador, resolviendo sobre la proporción de los gastos que cada parte debe abonar. Si tal acuerdo no se produce o existen discrepancias sobre este punto, el presidente del tribunal deberá fijar los gastos y determinar su reparto por las partes.

### **c) Los comités de solución amigable.**

Dejando a un lado la conciliación prevista en el artículo L. 211.4 del Código de Justicia Administrativa, la experiencia francesa se ha inclinado por la articulación de órganos colegiados especializados que reciben el nombre de *Comités de Règlement Amiable*. Su existencia data de 1907 y con el tiempo se fueron extendiendo entre los distintos departamentos ministeriales. Ciudadano y Administración acuerdan someter, mediante un procedimiento contradictorio, el litigio al Comité, que emite una solución no vinculante para las partes. Su actuación se centra en materia contractual y de responsabilidad extracontractual y su intervención interrumpe, a diferencia de lo que ocurre con el *Médiateur* y con las propuestas del Consejo de Estado sobre conciliación, los plazos de los recursos contenciosos<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Véanse dichos efectos en las páginas 139 y 140 del presente trabajo.

<sup>48</sup> Así se preserva la confidencialidad en las comunicaciones, algo esencial en todo intento de conciliación.

<sup>49</sup> Bréchon-Moulènes, Christine; *La réforme des comités consultatifs de règlement amiable des marchés*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1981. Págs. 304 a 306. *Le règlement amiable dans les marchés publics*. *Marchés Publics*, n° 225. 1987. Págs. 21 a 28. Degré, Claude; *Les comités consultatifs de règlement amiable des marchés*. Thèse. Universidad de París II (Panthéon-Assas). París, 1982. *Une procédure de règlement amiable des litiges: les comités consultatifs de règlement amiable des marchés*. *Marchés Publics*, n° 175. 1981. Págs. 20 a 23.



Entre éstos destacan los *Comités consultatifs de règlement amiable des marchés*, regulados en los artículos 239 a 246-1 y 360 del *Code des Marchés Publics*<sup>50</sup>. Estos artículos instituyen un sistema tanto nacional como regional o interregional de solución amigable de los litigios derivados de los contratos aprobados por los servicios centrales o periféricos del Estado, por las entidades locales o por sus organismos públicos que no tengan carácter industrial o comercial. Los Comités deben emitir una opinión consultiva tras buscar los elementos de hecho y de derecho que resulten relevantes para adoptar en equidad una solución amistosa al conflicto. Sin embargo, esta decisión basada en la equidad (de aplicación muy limitada en Derecho Público), no podrá conducir a una respuesta injustificable para el ordenamiento jurídico ya que la Administración siempre está vinculada por el principio de legalidad<sup>51</sup>. La equidad habrá que entenderla aquí como técnica de interpretación del Derecho.

El único Comité Nacional tiene carácter interministerial y sustituye a los antiguos comités que existían en cada departamento. Se compone de un instructor y un representante del Ministerio de Economía, cuya participación es meramente consultiva, y seis miembros con capacidad de decisión: un presidente (*Conseiller d'État* o *Conseiller Maître à la Cour des Comptes*), un vicepresidente (miembro del Consejo de Estado o magistrado del Tribunal de Cuentas), dos funcionarios pertenecientes al departamento ministerial afectado por el asunto sometido al Comité (el Ministro competente realiza la lista de funcionarios), y dos personalidades competentes

---

Laubadère, Moderne y Devolvé; op. cit. págs. 932 a 942. Llana, C. y Brenet, B.; *Les comités consultatifs interrégionaux de règlement amiable des litiges en matière de marchés publics et les collectivités locales*. La Revue du Trésor, n° 6. 1998. Págs. 321 a 325. Massot, Jean; *La place de la conciliation dans le règlement des litiges en matière de marchés publics*. *Marchés Publics*, n° 283. 1994. Págs. 41 a 47. *Marchés Publics; Le Comité consultatif de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics (Premier rapport d'activité)*. *Marchés Publics*, n° 195. 1983. Págs. 19 a 24. Sitbon, A; *La réforme de la procédure de règlement amiable des litiges nés à l'occasion des marchés publics*. *Marchés Publics*, n° 176. 1981. Págs. 35 a 43. Vedel y Devolvé; op. cit. págs. 46 a 48. Rials, Stéphane; op. cit. § 110 a 135. Ikonomou, Alexandre; op. cit. Págs. 55 a 57.

<sup>50</sup> Su redacción actual es fruto de las modificaciones introducidas por los Decretos n° 81-272, de 18 de marzo de 1981, y n° 91-204, de 25 de febrero de 1991.

<sup>51</sup> Laubadère, Moderne y Devolvé; op. cit. pág. 941. Bréchon-Moulènes, Christine; *La réforme des comités consultatifs ...* Op. cit. pág. 306.

pertenecientes al mismo sector de actividad que el titular del contrato (la lista de estas personalidades se elabora por el Ministro competente tras consultar a los organismos profesionales más representativos). Esta estructura se repite para los Comités regionales o interregionales: un presidente y un vicepresidente (magistrados administrativos), dos funcionarios de los que al menos uno debe pertenecer al ministerio afectado, dos personalidades competentes pertenecientes al mismo sector de actividad que el titular del contrato (el Prefecto correspondiente elaborará la lista tras consultar a los organismos profesionales más representativos), y el interventor encargado de los pagos relativos al *marché* (con voz pero sin voto). Los presidentes y vicepresidentes de cada comité son nombrados por el Primer Ministro por un mandato renovable de cinco años, pudiendo estar en activo o retirados. El resto de los miembros, son elegidos por el presidente en relación con el asunto a tratar de entre las listas aprobadas por el Primer Ministro, lo que dota a este sistema de una gran flexibilidad y eficacia, ya que la composición del comité se adapta al asunto controvertido. Los gastos de funcionamiento del Comité (incluidos los derivados de la retribución de sus miembros y del instructor) corresponden al Ministerio de Economía.

Ambas partes están legitimadas para recurrir a este Comité, pero de forma desigual. El Ministro competente o el representante legal del organismo público pueden recurrir en todo momento al Comité cuando lo estimen conveniente o a instancia del titular del *marché*. Para que éste último pueda instar directamente la intervención del Comité, es necesario que la Administración haya rechazado su petición, en cuyo caso deberá presentar una memoria en la secretaría del Comité exponiendo los motivos de la reclamación e indicando la suma pretendida. El recurso al Comité no es previo y obligatorio al recurso contencioso, pero, si se produce, desde que el Comité se hace cargo del asunto se suspenden los plazos para su interposición hasta que el Ministro o el representante legal del organismo público resuelvan tras la decisión del Comité (igualmente quedan en suspenso los diferentes plazos de prescripción o caducidad). Sin embargo, la extinción de los plazos para interponer recurso contencioso no impide la

intervención del Comité, que puede producirse incluso cuando un procedimiento contencioso se haya en curso<sup>52</sup>, aunque entiendo que la decisión del tribunal impedirá la continuación del procedimiento ante el Comité.

Dicho procedimiento comienza con la elección de un instructor entre magistrados del orden administrativo o entre funcionarios, ya estén en activo o retirados. El presidente atribuye el asunto al instructor, que debe abstenerse si lo ha conocido con anterioridad. Éste tiene acceso a todos los documentos administrativos y puede interrogar oralmente o por escrito a los representantes de la empresa. Con posterioridad elabora su informe y su propuesta de resolución. El presidente del Comité puede solicitar un dictamen pericial, designando al experto y fijando su remuneración y misión. Posteriormente, el instructor expone su propuesta al Comité y éste pasa a escuchar al titular del *marché*, al personal de la Administración o de los organismos públicos y a toda persona que el presidente estime conveniente. Concluidos estos trámites, el Comité pasa a deliberar a puerta cerrada, siendo necesaria la presencia de un mínimo de cuatro miembros (el presidente o el vicepresidente, un funcionario, y un representante del sector de actividad deben estar entre ellos). La decisión se toma por mayoría, decidiendo el presidente en caso de empate. El instructor y un representante del Ministerio de Economía participan a título consultivo en la deliberación. Transcurridos seis meses (que pueden ser prorrogados por otros tres tras decisión motivada del presidente) desde que el Comité comenzó a ocuparse del asunto, éste notificará su decisión al Ministro o representante legal del organismo público y al titular del *marché*. También se notifica a la secretaría general de la Comisión Central de *marchés* y al Prefecto del Departamento donde se produjo el litigio. Contrariamente a lo que ocurría con la anterior legislación, esta decisión tiene carácter público, por lo que puede ser utilizada ante los tribunales. En los tres meses siguientes el Ministro o el representante legal del organismo público deberá adoptar una decisión que será notificada al titular del *marché* (el cual habrá de mostrar su conformidad con la misma), al Comité y a la secretaría general de la

---

<sup>52</sup> Laubadère, Moderne y Devolvé; op. cit. págs. 939 y 940.

Comisión Central de *marchés*. Su falta, supone un nuevo rechazo de la demanda del titular. Recuérdese que a partir de esta decisión (expresa o presunta) comienzan de nuevo a correr los plazos para la interposición del recurso contencioso.

Por otra parte, el Decreto n° 80-974, de 4 de diciembre de 1980, crea en parecidos términos unos Comités consultivos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado y de sus establecimientos públicos que no tengan carácter industrial y comercial. Su artículo 1 excluye de su ámbito de aplicación los daños causados por el Estado a su personal en el ejercicio de sus funciones, los ocasionados a los contratistas durante la ejecución de un contrato y los originados por las campañas de vacunación obligatoria de personas. Existen en los distintos departamentos ministeriales y se considera competente el perteneciente al que produjo el hecho causante del daño. Sus 5 miembros intervienen a instancia de la víctima, cuando ésta ha visto rechazada total o parcialmente su solicitud de indemnización -expresamente o por silencio una vez transcurridos 4 meses desde que la presentó-, o de la Administración, cuando ha recibido un recurso administrativo frente a su resolución. La intervención del Comité, que cuenta con tres meses para adoptar su decisión, debe realizarse dentro del plazo para interponer el recurso contencioso, quedando éste interrumpido mientras tanto.



## CAPÍTULO III. TRANSACCIÓN.

### A) CONCEPTO, ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS Y EFECTOS.

La transacción es una antigua práctica que ha sido ampliamente seguida en derecho francés y puede ser definida<sup>53</sup> como una «solución amigable de un litigio que implica concesiones recíprocas, o, en cualquier caso, un acercamiento entre las pretensiones de carácter pecuniario alejadas al principio entre sí». Ello permite a las propias partes resolver el conflicto con mayor flexibilidad, rapidez y confidencialidad. Debe tenerse en cuenta que otros procedimientos de solución amigable de conflictos, como la conciliación o la mediación, pueden en determinados casos conducir a una transacción.

Estamos ante una figura de naturaleza contractual y carácter sinalagmático<sup>54</sup>, que

---

<sup>53</sup> Seguimos la definición del Consejo de Estado francés, Conseil d'État; op. cit. pág. 51. Sobre la transacción administrativa véase, en general, Auby, Jean Marie; *La transaction en matière administrative*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1956. Págs. 1 a 4. Chavrier, Géraldine; *Réflexions sur la transaction administrative*. Revue Française de Droit Administratif, n° 3. 2000. Págs. 548 a 566. Lyon-Caen, Arnaud; *Sur la transaction en droit administratif*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 1. 1997. Págs. 48 a 53. Este autor recoge una cita muy significativa de PRUGNON, obtenida de los debates preparatorios de una Ley de agosto de 1790: «Administrar justicia no es más que la segunda deuda de la sociedad; impedir el proceso es la primera. Es necesario que la sociedad indique a las partes que, para alcanzar el templo de la justicia, hay que pasar por el de la concordia; espero que al pasar por él ustedes transigirán». En relación con la transacción en Alemania, véase Fromont, Michel; *L'exemple allemand*. Op. cit. Págs. 61 a 63.

<sup>54</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 53. Sobre la naturaleza contractual y administrativa de las transacciones llevadas a cabo por organismos públicos véase Chavrier, Géraldine; op. cit. págs. 550 a 553.

aparece regulada en los artículos 2044 y siguientes del Código Civil<sup>55</sup>. La exigencia por el artículo 2044 de constancia escrita no constituye un requisito de carácter esencial para que la transacción sea válida, (por tanto su ausencia no da lugar a la nulidad). Se trata más bien de una exigencia *ad probationem*<sup>56</sup>.

Los elementos característicos de la transacción en el Derecho Administrativo francés son los siguientes:

a) La transacción, como todo contrato, ha de cumplir con los cuatro requisitos establecidos en el artículo 1108 del Código Civil francés: consentimiento de las partes que se obligan, su capacidad de contratar, un objeto cierto y la causa lícita de la obligación. Cifrándonos a los dos primeros elementos, (que nosotros resumimos en uno sólo, pues para que el consentimiento sea válido se requiere que el que lo presta tenga capacidad para ello), hay que resaltar que la transacción no es posible si las partes no tienen la intención conjunta de resolver esta situación litigiosa y así lo acuerdan. El artículo 2045 del Código Civil viene a decir que para transigir hay que tener capacidad de disposición sobre los elementos comprendidos en la transacción. En relación con la legitimación de los representantes de la Administración para transigir, hay que tener presentes las normas sobre atribución de competencias de los órganos administrativos, (en defecto de disposición específica la jurisprudencia atribuye a cada Ministro, o persona en quien éste delegue, la competencia para transigir en nombre del Estado en las materias propias de su departamento). Respecto de la capacidad de la otra parte rigen las reglas del Derecho común y, en el caso de empresas, del Derecho Mercantil. La

---

<sup>55</sup> El artículo 2044 del Código Civil francés afirma: "La transacción es un contrato por el cual las partes ponen fin a un conflicto ya nacido, o previenen un conflicto que pueda surgir. Este contrato debe estar redactado por escrito". Ahora bien, la ausencia de mención de este artículo por la jurisprudencia, manifiesta la voluntad del juez administrativo de distinguir claramente la transacción administrativa de la civil. Chavrier, Géraldine; op. cit. pág. 549.

<sup>56</sup> Convendría que el documento escrito recogiera, al menos en los asuntos de cierta complejidad, el nombre y legitimación de las partes, los hechos brevemente referenciados y sus fechas, la eventual exigencia de un dictamen pericial, la cuantía de las cantidades objeto de transacción, el pago de los costes del proceso, una cláusula de renuncia a todo recurso ulterior sobre los mismos hechos, y otra de intereses en caso de retraso en los pagos. A la redacción del protocolo transaccional se refiere la Circular de 6 de febrero de 1995 citada en nota 90. Págs. 2521 y 2522.

correcta formación de la voluntad de ambas partes es fundamental, por lo que la incompetencia de los representantes de las Administraciones Públicas signatarias de una transacción es una causa de nulidad de la misma<sup>57</sup>, al igual que la falta de capacidad de la contraparte, porque nadie puede disponer de lo que no es suyo.

b) De la lógica y de los artículos 6<sup>58</sup> y 2045 del Código Civil se deriva que no está permitido transigir sobre materias que afecten al orden público<sup>59</sup>. Además, no debe olvidarse que la Administración está vinculada por el principio de legalidad, por lo que la Administración no puede concluir una transacción si ésta no es conforme con el ordenamiento jurídico vigente. El Consejo de Estado francés realiza una interpretación muy rigurosa de esta prohibición ejerciendo un control particular sobre las transacciones que le son sometidas<sup>60</sup>. Ello permite decir que la transacción tiene lugar en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, siendo nula, por ejemplo, toda transacción que tenga por objeto la delimitación o disposición del dominio público. Debido a que toda transacción tiene por esencia un objeto pecuniario, sólo puede tratar sobre pretensiones cuantificables económicamente, siendo entonces propicia para los litigios sobre determinación de cantidad. El juez administrativo será el encargado de controlar la legalidad de la transacción, debiendo verificar, entre otros extremos, que la Administración no pague una suma cuando no la debe<sup>61</sup> y tampoco la cobre indebidamente<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 62.

<sup>58</sup> El artículo 6 del Código Civil establece: "No se pueden derogar por acuerdos particulares las leyes que afecten al orden público y a las buenas costumbres". Véase también su artículo 2060 reproducido en nota 101.

<sup>59</sup> Así lo ha reiterado el Consejo de Estado. Conseil d'État; op. cit. págs. 51, 52, 61 y 62.

<sup>60</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 61.

<sup>61</sup> Conseil d'État; *Section, 19 mars 1971, SIEURS MERGUI*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1971. Págs. 235 y ss. Véase la nota 70. Véase Ikonou, Alexandre; op. cit. Págs. 129 a 132.

<sup>62</sup> Una persona privada no puede ser condenada a pagar a la Administración una suma que no debe. Conseil d'État; *Section, 17 mars 1978, S.A. ENTREPRISE RENAUDIN*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1978. Págs. 139 y ss.



c) Para que un acuerdo pueda ser calificado como transacción debe contener prestaciones recíprocas. Para ello será primordial que ambas partes hayan intercambiado y tomado en consideración sus respectivos puntos de vista. La reciprocidad de las concesiones es un elemento fundamental, aunque éstas no tienen por que ser necesariamente iguales<sup>63</sup>. Se debe transigir, no llevar a cabo meras liberalidades<sup>64</sup>. La naturaleza misma de la transacción explica también que la Administración no puede proceder, al margen de las reglamentaciones que rigen la condonación de la deuda, a un verdadero abandono del crédito sin ninguna contrapartida<sup>65</sup>. Por otra parte, una transacción con prestaciones excesivamente desequilibradas puede ser peligrosa, ya que puede esconder alguna ilegalidad.

d) La jurisprudencia del Consejo de Estado considera aplicables a las Administraciones Públicas las disposiciones sobre la transacción establecidas por el Derecho Común y, en particular, las reglas generales contenidas en el Código Civil<sup>66</sup>. En consecuencia, los tribunales civiles son los competentes para dirimir los litigios que surjan en relación con la existencia, validez o ejecución de la transacción. Sin embargo, la jurisdicción administrativa podrá también intervenir cuando de dichos litigios se deriven cuestiones prejudiciales de su competencia, se enjuicie la legalidad de los actos separables del contrato de transacción, éste se realice en relación con un contrato administrativo o sobre un perjuicio ocasionado por la realización de obras públicas o, finalmente, cuando el conflicto surja en relación con la homologación de la transacción por la jurisdicción administrativa<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 54.

<sup>64</sup> En palabras del *Conseil d'État* «una transacción que apareciese como una liberalidad disimulada sería ilegal». Op. cit. pág. 21.

<sup>65</sup> Conseil d'État; op. cit. págs. 61 y 62.

<sup>66</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 60.

<sup>67</sup> Auby y Drago; *Traité de Contentieux Administratif*. Op. cit. págs. 44 y 45.

Por último, dos son los efectos típicos de la transacción administrativa. El principal efecto, propio de su naturaleza contractual, es obligar a las partes (o personas que sucedan a éstas en el ejercicio de sus derechos y obligaciones) a ejecutar sus términos<sup>68</sup>. La transacción permite entonces resolver definitivamente un litigio de manera amigable y contractual<sup>69</sup>. Además, las partes pueden solicitar la homologación del acuerdo por el juez administrativo (que controlará fundamentalmente el respeto de las reglas de orden público<sup>70</sup>), en cuyo caso la transacción tendrá fuerza de cosa juzgada<sup>71</sup> con la garantía de ejecución que ello conlleva. A falta de dicha homologación, el acuerdo tendrá el valor de un contrato, pudiendo las partes acudir al juez para denunciar su incumplimiento o ante problemas de ejecución. En segundo lugar, toda transacción válidamente concluida es un contrato que impide todo recurso jurisdiccional que tenga por objeto el litigio que ya ha sido resuelto definitivamente<sup>72</sup>. Por contra, no puede

---

<sup>68</sup> No parece lógico, sin embargo, aplicar al contrato de transacción las prerrogativas unilaterales de la Administración, ya que ello desnaturalizaría completamente este mecanismo. Jarrosson, Charles; *Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative*. Revue de l'Arbitrage. 1995. Pág. 439. En el mismo sentido y argumentando que ello sería contrario al espíritu y al objeto de la transacción, que reposa en el acuerdo de las partes, Chavrier, Géraldine; op. cit. págs. 552 y 565.

<sup>69</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 55. Respecto de los efectos de la transacción, véase también Auby y Drago; op. cit. págs. 43 y 44.

<sup>70</sup> Para JARROSSON la homologación del acuerdo de las partes conlleva un riesgo de revisión judicial de la transacción por el Juez administrativo. Este temor se justifica desde el momento en que el Juez administrativo debe proceder a una verificación del respeto por la Administración de las reglas de orden público, que ella no puede derogar, (recordemos que la jurisprudencia *Mergui* establecía que la Administración no debe pagar una suma que no debe, y que esta regla era considerada de orden público, por lo que queda en manos del Juez determinar qué es lo que la Administración debe o no, y por esta vía podría entrar a revisar el fondo del acuerdo transaccional). Véase Jarrosson, Charles; *Remarques sur la circulaire du 6 février 1995*. Op. cit. Págs. 437 y 438. Sin embargo, el control por el juez de la validez de las transacciones no debe ser exagerado y, únicamente, podrá invalidarlas aduciendo razones de orden público cuando exista una desproporción que convierta la transacción en liberalidad. Así, el Consejo de Estado ha anulado las transacciones cuando la persona pública no era responsable del perjuicio, no existía nexo directo de causalidad entre el daño y la acción administrativa, o no existía perjuicio alguno. Lyon-Caen, Arnaud; op. cit. Pág. 52.

<sup>71</sup> JARROSSON considera erróneo dotar de la fuerza de cosa juzgada a la homologación judicial de la transacción. Jarrosson, Charles; *Remarques sur la circulaire du 6 février 1995*. Op. cit. pág. 439.

<sup>72</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 61. Sobre este alcance extintivo de la transacción y su reconocimiento por el Derecho Administrativo véase Chavrier, Géraldine; op. cit. págs. 563 a 566. En materia fiscal, el art. L.251 del *Livre des procédures fiscales* establece a este respecto: "Cuando una transacción sea definitiva tras del cumplimiento de las obligaciones en ella previstas y la aprobación por la autoridad competente, no se podrá entablar o retomar ningún procedimiento contencioso para volver a enjuiciar las penalidades que han sido el objeto de la transacción o los derechos mismos". El tribunal competente sí podrá, en cambio, decidir sobre aquellos puntos del litigio que no hayan sido resueltos cuando la transacción sea parcial, (es decir, no resuelva la totalidad de los asuntos en conflicto). Igualmente, el juez administrativo conocerá los recursos de anulación contra los actos separables de la transacción.

llevarse a cabo cuando una resolución judicial al respecto ha sido ya emitida de forma definitiva<sup>73</sup>, aunque si es posible durante el procedimiento judicial si el Juez lo permite, pudiendo éste incluso levantar acta de la transacción efectuada.

## **B) LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS.**

El Derecho a transigir del Estado y, en especial, de sus Ministros está reconocido en la jurisprudencia desde hace ya muchos años, (resolución del Consejo de Estado Francés de 22 de junio de 1883, *Ministre de la Marine contre Corbet*<sup>74</sup>, confirmada por la decisión de 17 de marzo de 1893, *Compagnies du Nord, de l'Est et autres*<sup>75</sup>). Ninguna disposición legal o reglamentaria niega al Estado la facultad de transigir<sup>76</sup>.

Por contra, el artículo 2045 del Código Civil establece que los entes locales y los establecimientos públicos no pueden transigir salvo que cuenten con la autorización expresa del Presidente de la República. Sin embargo, el artículo 2122-21.7º del *Code Général des Collectivités Territoriales* permite al alcalde transigir bajo el control del *Conseil Municipal* y del Prefecto, y los estatutos de los organismos públicos contienen normalmente autorizaciones para transigir libremente<sup>77</sup>. Por otra parte el párrafo 2º del

---

Bienvenu, Jean-Jacques; *Transaction. Répertoire de Contentieux Administratif*. Vol. I. Dalloz. Paris, 1996. Págs. 1 y 2.

<sup>73</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 62. Véanse a este respecto en materia fiscal los artículos L.248 y L.249, párrafo tercero, del *Livre des procédures fiscales*, transcrito en nota 82.

<sup>74</sup> Conseil d'État; *Assemblée, 22 juin 1883, MINISTRE DE LA MARINE CONTRE CORBET*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1883. Págs. 589 y ss.

<sup>75</sup> Conseil d'État; *Assemblée, 17 mars 1893, COMPAGNIES DU NORD, DE L'EST ET AUTRES*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1893. Págs. 245 y ss.

<sup>76</sup> Conseil d'État; op. cit. págs. 56 y 57.

<sup>77</sup> El artículo 2 de la Ley de 2 de marzo de 1982, cuyo contenido se plasmó en el artículo L.122-19 del *Code des Communes*, permitía que el Consejo Municipal autorizase al alcalde a transigir, pero este artículo ha sido derogado por el artículo 12 de la Ley 142-96, de 21 de febrero de 1996. En su lugar, el mencionado artículo L. 2122-21.7º establece que "bajo el control del Ayuntamiento y bajo el control administrativo del representante del Estado en el Departamento, el alcalde está encargado, de una forma general, de ejecutar las decisiones del Pleno y, en particular: 7º De llevar a cabo de acuerdo con lo establecido en las leyes y reglamentos los actos de ... transacción, cuando estos actos

artículo 2060 del Código Civil<sup>78</sup> atribuye a los establecimientos públicos de carácter industrial y comercial la facultad de comprometerse, siempre que exista un decreto que lo autorice. También disponen de esta facultad por atribución legal ciertos establecimientos públicos: la SNCF, sociedad responsable del transporte por ferrocarril, (artículo 25 de la Ley 82-1153 y artículo 3 de la Ley 97-135<sup>79</sup>), y la Poste y France Télécom (artículo 28 de la Ley 90-568<sup>80</sup>).

En la práctica, los distintos servicios del Estado concluyen cada año varios millares de transacciones. La transacción es ampliamente utilizada por algunas Administraciones Públicas en situaciones determinadas. Así, siguiendo los datos que el *Conseil d'État* recoge en su informe<sup>81</sup>, la Dirección General de Impuestos concluye cada

---

hayamos sido autorizados de conformidad con las disposiciones del presente Código". En la actualidad las entidades locales transigen libremente, con las limitaciones que plantea el art. L.124.2 del Código de Seguros, comentado en nota 42. Por otra parte, respecto de los organismos públicos municipales destinados a la prestación de servicios públicos, el art. R. 2221-29 de la nueva parte reglamentaria del *Code Général des collectivités territoriales* (aprobada por el Decreto 2000-318, de 7 de abril de 2000) afirma que, para aquéllos dotados de personalidad moral y de autonomía financiera, "Las transacciones son concluidas por el director, tras autorización del Consejo de Administración". También, para los dotados únicamente de autonomía financiera, el artículo R. 2221-56 de la nueva parte reglamentaria del *Code Général des collectivités territoriales* establece que "El Ayuntamiento, teniendo en cuenta el informe del Consejo de Explotación y en las condiciones previstas por el reglamento de régimen interior: ... Autoriza al alcalde a entablar o presentar las acciones judiciales, a aceptar las transacciones...". El *Code Général des collectivités territoriales* hace igualmente referencia a la transacción en los artículos L. 2411-6 para los municipios, L. 3213-5 y R. 3341-4 para los Departamentos, y L. 5222-2, L. 5222-3 y L. 5816-6 en materia de cooperación local. Finalmente, la *Cour des Comptes* ha reconocido expresamente que las entidades locales y sus organismos públicos pueden, de conformidad con el artículo 2044 del Código Civil y sus disposiciones concordantes, recurrir a la transacción cuando los *marchés publics* hayan sido declarados disconformes con la legislación y reglamentación en vigor. Véase *Cour des Comptes*, 26 de marzo de 1992, *MAIRE DE VALLAURIS*. Administración, 1993. Pág. 141.

<sup>78</sup> El párrafo 2º del artículo 2060 del Código Civil francés dice: "No obstante, los establecimientos públicos de carácter industrial y comercial podrán estar autorizados por decreto a comprometerse (transigir)".

<sup>79</sup> El artículo 25 de la Ley 82-1153, de 30 de diciembre de 1982, *d'orientation des transports intérieures*, establece: "La Société Nationale des Chemins de Fer está sometida en materia de gestión financiera y contable a las reglas aplicables a las empresas comerciales. Ésta tiene su contabilidad conforme al plan contable general ... Dispone de la facultad de transigir y concluir acuerdos de arbitraje ...". El mismo tenor expresa el artículo 3 de la Ley 97-135, de 13 de febrero, *portant création de l'établissement public «Réseau Ferré de France» en vue du renouveau du transport ferroviaire*.

<sup>80</sup> El artículo 28 de la Ley 90-568, de 2 de julio de 1990, *relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications*, dispone: "La Poste y France Télécom tienen la facultad de transigir y de concluir acuerdos de arbitraje".

<sup>81</sup> *Conseil d'État*; op. cit. págs. 58 y 64 a 69.

año entre 15.000 y 20.000 transacciones fiscales<sup>82</sup>; en 1991 se llevaron a cabo unas 2.500 en materia de infracciones de las reglamentaciones de caza y pesca; la Administración soluciona amigablemente casi todos los conflictos por perjuicios derivados de accidentes de la circulación; la *Agence Judiciaire du Trésor* ha fomentado la utilización de la transacción en el cobro de los créditos debidos al Estado y ha elaborado importantes documentos<sup>83</sup>, tratando de formar a sus funcionarios en la correcta utilización de estas técnicas de solución amigable de conflictos; finalmente, entre otros ejemplos, es de destacar el funcionamiento transaccional sistemático del organismo público *Assistance publique-Hôpitaux de Paris* en materia de responsabilidad médica<sup>84</sup>, y el recurso constante por la Administración a este mecanismo en materia de responsabilidad por perjuicios resultantes de ejercicios y maniobras militares, y de la utilización de la fuerza pública<sup>85</sup>. Sin embargo, la transacción ha sido muy poco utilizada en otros ámbitos donde hubiera resultado de gran utilidad: los *marchés publics*<sup>86</sup> y, más especialmente, las obras

---

<sup>82</sup> En materia fiscal la transacción es ampliamente utilizada y viene regulada en los artículos L.247.3°, L.248, L.249 y L.251 del *Livre des procédures fiscales*, que reproducimos a continuación:

“L.247. La Administración podrá acordar a petición del contribuyente:

3° Por vía de transacción, una atenuación de las multas fiscales o de recargos de impuestos, cuando estas penalidades y, si llega el caso, los impuestos a los que se sumen no sean definitivos.

L.248. Las infracciones pueden ser objeto de transacciones antes de interponerse una acción judicial o en las condiciones fijadas en el artículo L.249, antes de sentencia definitiva.

L. 249. En materia de contribuciones indirectas, después de la interposición de una acción judicial por la Administración o por el ministerio público, la Administración sólo puede transigir si la autoridad judicial admite el principio de una transacción.

El acuerdo de principio se producirá por el ministerio público cuando la infracción sea susceptible a la vez de sanciones fiscales y penales, o por el presidente de la jurisdicción competente cuando la infracción sea susceptible solamente de sanciones fiscales.

Después de sentencia definitiva, las sanciones fiscales pronunciadas no podrán ser objeto de transacción”.

Véase el artículo L.251 en nota 72.

<sup>83</sup> Véase *Agence Judiciaire du Trésor, L'Administration et la transaction. Les dossiers juridiques de l'Agence Judiciaire du Trésor. Ministère du Budget. Paris, 1995 (reed.)*. Véase también *Service Juridique de l'Agence Judiciaire du Trésor, La transaction. Mode d'emploi. Agence Judiciaire du Trésor. Paris, 1993*.

<sup>84</sup> Véase, Levasseur, Alain; *Les transactions: l'exemple de l'assistance publique-Hôpitaux de Paris. L'Actualité Juridique de Droit Administratif*, n° 1. 1997. Págs. 54 a 58. El autor presenta un ejemplo interesante e ilustrativo de utilización práctica de la transacción.

<sup>85</sup> Ducarouge, Françoise; *op. cit.* pág. 87.

<sup>86</sup> Véase la nota 41. En los últimos años, la transacción ha venido siendo utilizada en este ámbito para permitir el pago de las prestaciones ya realizadas entre la Administración y el contratista tras la anulación del contrato. Véase Illouz, Corinne; *La transaction suite à l'annulation du marché. Le moniteur des travaux publics et du bâtiment*, n° 4759. 10 de febrero de 1995. Pág. 51.

públicas.

Estos datos dan lugar a dos lecturas contradictorias: por un lado, las decenas de miles de transacciones que la Administración concluye cada año demuestran que éste es un mecanismo ampliamente utilizado, especialmente en aquellos conflictos que, siendo relativamente numerosos, son de la misma naturaleza y no plantean problemas jurídicos complejos; por otro, la ausencia de transacciones en ciertos sectores se traduce en la ignorancia de estas técnicas o en el rechazo de ciertos servicios a su utilización, bien por la insuficiente formación de los funcionarios públicos en las políticas de solución amigable de controversias, bien por las reticencias que ello plantea debidas a la dificultad de medir la reciprocidad de las concesiones y a las posibles desigualdades a que puede dar lugar.

### **C) ALGUNAS PROPUESTAS DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS<sup>87</sup>**

La transacción es, de hecho, una práctica que no siempre es bien conocida. En muchos de los casos en que la Administración puede transigir, tratando así de evitar un proceso y poner fin al litigio, no siempre acude a esta fórmula, bien por la falta de suficiente información, bien por la deficiente formación de sus agentes, o bien por las reticencias existentes a su empleo. Ahora bien, las dificultades de la práctica transaccional y los problemas que la rodean no deben enmascarar sus indudables ventajas. Su deseable desarrollo pasa por la adopción de una política de conjunto tendente a solucionar sus inconvenientes y a mejorar su calidad. Para ello, deben realizarse esfuerzos dirigidos a aumentar la información y preparación de las Administraciones Públicas y de sus funcionarios, así como a evaluar y realizar un seguimiento de las transacciones ya efectuadas.

Para el *Conseil d'État*, los poderes públicos deben promover y desarrollar el

---

<sup>87</sup> Véase, *Conseil d'État*; op. cit. págs. 73 a 81.

recurso a la transacción, ya que este mecanismo permite dar una solución ágil y rápida a los litigios (para lo cual también es necesario que el acuerdo se ejecute rápidamente), facilita una mejor gestión de los recursos públicos (evitando los elevados costes de los procesos judiciales y los intereses que sus retrasos conllevan), y contribuye indirectamente a aumentar la eficacia de los procedimientos contenciosos (en la medida en que, al reducir el volumen de asuntos que entran en los tribunales, permite un mejor estudio de los litigios que plantean importantes problemas jurídicos). Este impulso a las fórmulas transaccionales debe tener lugar no sólo en los sectores donde han sido ampliamente utilizadas, sino también en el ámbito de las obras públicas y de los *marchés publics*, que tienen lugar principalmente en el ámbito local<sup>88</sup>.

Los poderes públicos deben, en opinión del *Conseil d'État*, poner en práctica una campaña de información, de formación y de promoción de las políticas de arreglo amistoso de controversias en las Administraciones Públicas. Para ello el Consejo de Estado estimó conveniente la difusión de una circular del Primer Ministro y su publicación en el Diario Oficial con el fin de legitimar definitivamente el recurso a la transacción, precisar sus características (destacando el respeto a las normas de orden público y el equilibrio entre las recíprocas prestaciones), e incitar a su utilización por los distintos servicios públicos. Sería también deseable que el conjunto de las Administraciones Públicas se comprometiera en la elaboración de políticas destinadas, entre otros objetivos, a la formación de sus funcionarios<sup>89</sup> y al seguimiento sistemático de la actividad transaccional con el objeto de elaborar un informe anual cuyas conclusiones permitiesen mejorar la eficacia de este método de solución de conflictos.

Siguiendo esta recomendación del Consejo de Estado, una Circular del Primer

---

<sup>88</sup> Las Administraciones locales se benefician de seguros de responsabilidad, por lo que, en virtud del artículo L.124.2 del Código de Seguros, no pueden transigir libremente. Véanse las notas 42 y 77.

<sup>89</sup> Ejemplo de esta labor formativa son las jornadas organizadas por la *Agence Judiciaire du Trésor* el 24 de noviembre de 1993 y publicadas por su Servicio Jurídico bajo el Título *La transaction. Mode d'emploi*. Véase la nota 83.

Ministro de 6 de febrero de 1995<sup>90</sup> ha animado a las distintas Administraciones a transigir, destacando que la transacción es un elemento de calidad del servicio público que facilita una solución rápida de los litigios, alivia la carga de trabajo de las jurisdicciones y permite una gestión más económica de los fondos públicos. La circular afirma que el recurso a la transacción es posible y conveniente cuando el conflicto surgido plantee problemas de hecho y, muy especialmente, en aquellos casos en que una Administración Pública haya causado un perjuicio que deba indemnizar<sup>91</sup>. Los tribunales serán los encargados de resolver los asuntos que planteen problemas jurídicos complejos, por lo que mecanismos jurisdiccionales y transaccionales, lejos de oponerse, se complementan. En el documento, que recoge las reglas de redacción del protocolo transaccional, se aconseja a la Administración que obtenga el visto bueno del interventor antes de enviar una propuesta formal de transacción y que, además, indique la partida presupuestaria a la que deben imputarse las cantidades a entregar, todo ello con el fin de acelerar la ejecución de los acuerdos transaccionales (especialmente cuando versen sobre sumas muy elevadas). Sin embargo, este propósito loable de impulsar la utilización de la transacción, no se ve materializado con la expresión de medios concretos para llevarlo a cabo, lo que resulta ciertamente criticable. Hay que lamentar también que no se haga referencia alguna al contencioso de los contratos administrativos, ámbito en el que la transacción podría jugar un papel muy importante<sup>92</sup>.

Por otra parte, también el legislador ha iniciado tímidos movimientos en favor de este mecanismo, extendiendo recientemente el beneficio de la ayuda jurídica a los

---

<sup>90</sup> Circular de 6 de febrero de 1995, relativa al desarrollo del recurso a la transacción para resolver amigablemente los conflictos. *Journal Officiel de la République Française* de 15 de febrero de 1995. Págs. 2518 a 2522.

<sup>91</sup> JARROSSON hace notar cómo el Primer Ministro promueve la transacción para los casos en que el Estado aparezca como deudor, pero no en aquellos en que aparecería como acreedor. Jarrosson, Charles; *Remarques sur la circulaire du 6 février 1995*. Op. cit. pág. 439.

<sup>92</sup> Véanse Chavrier, Géraldine; op. cit. pág. 558 y Lyon-Caen, Arnaud; op. cit. pág. 50. Véase también nota 86.



trámites tendentes a concluir una transacción que impida el recurso judicial<sup>93</sup>.

Finalmente, el carácter obligatorio del recurso a la transacción debe ser totalmente descartado ya que su éxito descansa, en buena medida, en el libre deseo de las partes de resolver una situación litigiosa. Además, en aquellos casos en que el litigio plantee importantes problemas jurídicos o cuando las pretensiones disten demasiado entre sí, las Administraciones Públicas no deberán transigir. Éstas deben evaluar caso por caso el interés de una transacción, dado que *«une mauvaise transaction ne vaut pas toujours mieux qu'un bon procès»*.

---

<sup>93</sup> Para ello el artículo 1 de la Ley 98-1163, de 18 de diciembre de 1998, *relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits*, ha modificado los artículos 10, 13 y 39 de la Ley 91-647, de 10 de julio de 1991, *relative à l'aide juridique*.

## CAPÍTULO IV. ARBITRAJE.

### A) CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

El *Conseil d'État* define arbitraje como «un modo alternativo de solución de conflictos en materia administrativa que permite su resolución por una jurisdicción no estatal<sup>94</sup>». Estamos ante un procedimiento en virtud del cual las partes en litigio acuerdan someter sus diferencias a un árbitro, comprometiéndose a aceptar la sentencia arbitral y a considerarla como obligatoria<sup>95</sup>. A diferencia de otras técnicas, para el Consejo de Estado Francés, al igual que para nuestro Tribunal Constitucional<sup>96</sup>, el arbitraje es un modo propiamente jurisdiccional de resolución de conflictos, con todos los efectos que

---

<sup>94</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 85. Sobre el arbitraje administrativo en Francia véanse, entre otros muchos, Patrikios, Apostolos; *L'arbitrage en matière administrative*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1997. Auby, Jean Marie; *L'arbitrage en matière administrative*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1955. Págs. 81 a 89. Foussard, Dominique; *L'arbitrage en droit administratif*. *Revue de l'Arbitrage*. 1990. Págs. 3 a 54. Gaudemet, Yves; *L'arbitrage: aspects de droit public; état de la question*. *Revue de l'arbitrage*. 1992. Págs. 241 a 257. Jarrosson, Charles; *L'arbitrage en droit public*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 1. 1997. Págs. 16 a 24. Mattei-Dawance, Geneviève; *L'arbitrage en droit public*. *Gazette du Palais*, 1987 (1<sup>er</sup> semestre), Doctrine. Págs. 470 y 471. Pacteau, Bernard; *Arbitrage*. *Juris-Classeur de Procédure Civile*, Fasc. 1048. Éditions du Juris-Classeur - 3, 1999. Págs. 1 a 18. Rials, Stéphane; *Arbitrage et règlement amiable*. Op. cit. § 4 a 96. Rivero, Jean; *Personnes morales de droit public et arbitrage*. *Revue de l'Arbitrage*. 1973. Págs. 263 a 275. Sobre el arbitraje internacional de personas de Derecho Público véase Teboul, Gérard; *Arbitrage international et personnes morales de droit public (Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif)*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 1. 1997. Págs. 25 a 29. Véase también Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 101 a 129.

<sup>95</sup> Auby y Drago; op. cit. pág. 45.

<sup>96</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTC 62/1991, de 22 de marzo, y 174/1995, de 23 de noviembre.

se circunscriben a dicho carácter<sup>97</sup>. Sin embargo, estamos ante una justicia privada, dado que son las partes las que eligen a los árbitros. Además, el arbitraje tiene su origen en un acuerdo de voluntades totalmente facultativo<sup>98</sup> y, por ello, el *Conseil d'État* considera que estamos ante una justicia convencional, derivada de la elección de las partes<sup>99</sup>. Frente a la justicia estatal (institucional y pública) el arbitraje es una justicia convencional y privada. Esto explica precisamente la desconfianza que tanto la Ley como la jurisprudencia han puesto de manifiesto sobre su aplicación en materia administrativa<sup>100</sup>, desconociendo las innumerables ventajas de esta técnica: confidencialidad, flexibilidad y agilidad del procedimiento, abaratamiento de sus costes, elección de un especialista en la materia que resuelva el conflicto, etc.

Sin embargo, esta fuerte reserva del legislador no se traduce en una prohibición total. A la prohibición general contemplada en el primer párrafo del artículo 2060 del Código Civil francés<sup>101</sup>, las leyes y reglamentos realizan múltiples excepciones. Entre ellas destaca la introducida por el artículo L. 311-6 del nuevo Código de Justicia Administrativa, que dispone:

“Por derogación de las disposiciones del presente Código que determinan la competencia de las jurisdicciones de primera instancia, es posible recurrir al arbitraje en los casos previstos por:

1º El artículo 69 de la Ley de 17 de abril de 1906 sobre fijación del

---

<sup>97</sup> *Conseil d'État*; op. cit. págs. 22. El Consejo de Estado francés afirma: «... el arbitraje es jurisdiccional: consiste en hacer resolver un litigio por unos jueces que emiten una sentencia que resuelve sobre los derechos y obligaciones respectivas de las partes y que tiene la autoridad de cosa juzgada». *Conseil d'État*; op. cit. pág. 85.

<sup>98</sup> *Conseil d'État*; op. cit. pág. 89.

<sup>99</sup> *Conseil d'État*; op. cit. pág. 22.

<sup>100</sup> Sobre los orígenes y formulación de esta prohibición del arbitraje en los litigios administrativos véase Pacteau, Bernard; *Arbitrage*. *Juris-Classeur de Procédure Civile*. Op. cit. § 7 a 56. Véase también Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 25 a 81.

<sup>101</sup> El párrafo primero del artículo 2060 del Código Civil francés establece: “No pueden existir compromisos (no se puede transigir) sobre las cuestiones de estado, ... o sobre los conflictos que afecten a las colectividades y establecimientos públicos y, más generalmente, sobre todas las materias que afecten al orden público”.

presupuesto general de ingresos y gastos del ejercicio 1906, reproducido en los artículos 247 y 361 del *code des marchés publics*.

2° El artículo 7 de la Ley n° 75-596 de 9 de julio de 1975 sobre diversas disposiciones relativas a la reforma del proceso civil.

3° El artículo 19 de la Ley n° 82-610 de 15 de julio de 1982 de orientación y de la programación para la investigación y el desarrollo tecnológico.

4° El artículo 25 de la Ley n° 82-1153 de 30 de diciembre de 1982 de orientación de los transportes interiores.

5° El artículo 9 de la Ley n° 86-972 de 19 de agosto de 1986 sobre diversas disposiciones relativas a las entidades locales.

6° El artículo 28 de la Ley n° 90-568 de 2 de julio de 1990 relativa a la organización del servicio público de *la poste* y de las telecomunicaciones.

7° El artículo 24 de la Ley n° 95-877 de 3 de agosto de 1995 sobre transposición de la directiva 93/7 de 15 de marzo de 1993 del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la restitución de bienes culturales que hayan abandonado ilícitamente el territorio de un Estado miembro.

8° El artículo 3 de la ley n° 97-135 de 13 de febrero de 1997 sobre creación del organismo público "*Réseau Ferré de France*" en vista de la renovación del transporte ferroviario".

Debemos tener siempre presente que la operatividad del arbitraje se prohíbe totalmente en aquellos conflictos relativos a la legalidad de la actuación administrativa<sup>102</sup>. También, a diferencia de lo que ocurre en el sistema norteamericano, el *Conseil d'État* no considera conveniente someter a arbitraje los litigios derivados de la responsabilidad extra-contractual de las Administraciones Públicas, aunque para ello

---

<sup>102</sup> Así lo afirma el *Conseil d'État*. Op. cit. pág. 89. También el Prof. ROSA MORENO recoge esta idea, matizando que el régimen de los recursos sobre la legalidad de los actos administrativos se conoce, en derecho francés, como el contencioso del exceso de poder. Rosa Moreno, Juan; op. cit. pág. 87.

no existan grandes impedimentos legales. Por contra, el arbitraje se hace idóneo para la resolución de los conflictos contractuales y en especial en los ya mencionados *marchés publics*<sup>103</sup>, donde el árbitro deberá poder examinar todos los problemas que conlleve el litigio (ya versen sobre la ejecución del contrato, sobre su formación, o, más generalmente, sobre los actos administrativos que interfieran en dicho contrato)<sup>104</sup>.

## **B) EL COMPROMISO ARBITRAL.**

Como hemos mencionado anteriormente, el libre acuerdo de voluntades es un elemento fundamental para la existencia del arbitraje. Cualquier vicio en la libre y correcta formación de la voluntad de las partes puede ser causa de su nulidad. A este respecto habrá que prestar especial atención, a diferencia del arbitraje privado, a la adecuada formación de la voluntad por parte de las Administraciones Públicas<sup>105</sup>. Este compromiso facultativo puede producirse con anterioridad al nacimiento del litigio, (cuando las partes a través de una cláusula compromisoria acuerdan someter a arbitraje cualquier diferencia que surja de una o varias relaciones jurídicas que tienen entre sí), o después, (acordando el arbitraje de manera específica para la resolución del asunto controvertido).

Por otro lado, en el convenio arbitral las partes deberán determinar las concretas

---

<sup>103</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 90.

<sup>104</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 92.

<sup>105</sup> Según el Consejo de Estado francés, la adecuada formación de la voluntad por parte de las Administraciones Públicas para concluir un compromiso de arbitraje exige la observación de reglas particulares. En este sentido considera que, tratándose del Estado, la competencia para recurrir al arbitraje corresponde conjuntamente al Ministro responsable del departamento afectado por el litigio y al Ministro de Economía (que ha de garantizar que la operación es acorde con los presupuestos). Tratándose de las entidades locales el *Conseil* considera que el compromiso debe ser objeto de deliberación por la Asamblea Local, con un control de legalidad. Finalmente, respecto a los organismos públicos, el Consejo entiende que, considerando su autonomía de gestión, éstos tienen plena capacidad de apreciación sobre el uso de esta facultad, sin que considere necesario añadir ningún control de órganos de tutela. Conseil d'État; op. cit. pág. 96. Las decisiones administrativas que conducen al compromiso arbitral son consideradas como actos separables y pueden ser objeto de recurso. Si alguna de estas decisiones es anulada, la instancia arbitral no puede llevarse a cabo, y si el arbitraje ya ha tenido lugar, el laudo podrá ser objeto de recurso de anulación. Rials, Stéphane; op. cit. § 77. Véase nota 135. Por otra parte, parece que la naturaleza jurídica del compromiso arbitral es la de un contrato administrativo. Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 166 a 169.

características del arbitraje y fijarán si procede o no el recurso de apelación. Incluso, siempre que ello se encuentre dentro de la legalidad vigente, las partes pueden establecer un abanico de soluciones posibles, dentro de las que el árbitro habrá de moverse para adoptar su decisión.

### **a) La cláusula compromisoria.**

En el ordenamiento francés, la cláusula compromisoria<sup>106</sup> se encuentra, de forma general, prohibida tanto legal como jurisprudencialmente a las personas morales de derecho público.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha negado así, salvo que exista autorización legislativa expresa, la utilización de cláusulas compromisorias al Estado (resolución de 23 de diciembre de 1887<sup>107</sup>), a los entes locales (resolución de 11 de julio de 1884<sup>108</sup>), a los Departamentos (resolución de 17 de julio de 1896<sup>109</sup>), y a los establecimientos públicos, incluso a los de carácter industrial o comercial (resolución de 13 de diciembre de 1957<sup>110</sup>).

Por su parte, el artículo 2061 del Código Civil francés establece que la cláusula compromisoria es nula excepto que una Ley disponga lo contrario. Hasta ahora, únicamente el artículo 9 de la Ley 86-972, (al que se remite el artículo L. 311-6.5° del

---

<sup>106</sup> El artículo 1442 del *Nouveau Code de Procédure Civile* dispone que “la cláusula compromisoria es el convenio por el cual las partes de un contrato se comprometen a someter a arbitraje los litigios que en relación a ese contrato puedan nacer”.

<sup>107</sup> Conseil d'État, *Assemblée*, 23 décembre 1887, *EVÊQUE DE MOULINS*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1887. Págs. 842 y ss.

<sup>108</sup> Conseil d'État, *Assemblée*, 11 juillet 1884, *COMPAGNIE DES EAUX D'ORAN*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1884. Págs. 586 y ss.

<sup>109</sup> Conseil d'État, *Assemblée*, 17 juillet 1896, *CLOUZARD*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1896. Págs. 584 y ss.

<sup>110</sup> Conseil d'État, *Assemblée*, 13 décembre 1957, *SOCIÉTÉ NATIONALE DE VENTE DES SURPLUS*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1957. Págs. 677 y ss.

*Code de Justice Administrative*), permite el juego de la cláusula compromisoria para resolver los problemas de aplicación e interpretación derivados de contratos de interés nacional realizados entre sociedades extranjeras y el Estado, las colectividades locales o los establecimientos públicos<sup>111</sup>. También, el Tratado de Canterbury de 12 de febrero de 1986, entre Francia y Gran Bretaña, relativo al túnel de la Mancha, prevé el recurso al arbitraje para solucionar los conflictos surgidos no sólo entre Estados, sino también entre Estados y concesionarios, y entre concesionarios<sup>112</sup>. Finalmente, aunque con un

---

<sup>111</sup> El artículo 9 de la Ley 86-972, de 19 de agosto de 1986, *portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales*, establece: "Por excepción al artículo 2060 del Código Civil, el Estado, las Administraciones territoriales y los organismos públicos están autorizados, en los contratos que ellos concluyan conjuntamente con sociedades extranjeras para la realización de operaciones de interés nacional, a suscribir cláusulas compromisorias con vista a la solución, si llega el caso definitiva, de los litigios relacionados con la aplicación e interpretación de dichos contratos". HUGLO y LEPAGE-JESSUA consideran que este artículo 9 permite el recurso a este arbitraje acordado mediante cláusulas compromisorias en una operación puntual: la ligada a la realización de Eurodisneyland. Huglo, Christian et Lepage-Jessua, Corinne; *Code des Procédures Contentieuses de Droit Public*. Litec, Gazette du Palais. Paris, 1994. Pág. 80. Precisamente, el *Conseil d'État*, mediante un *Avis* de 6 de marzo de 1986, impidió la introducción de una cláusula compromisoria en el proyecto de contrato a celebrar entre el Estado francés y otras entidades públicas, y la sociedad americana Walt Disney Productions para la instalación del parque Eurodisney. Según DUCAROUGE, para evitar la ruptura de las negociaciones, el gobierno se vio obligado a someter al Parlamento la citada Ley 86-972, lo que dio lugar a un amplio debate político. En palabras de PACTEAU «Mickey iba a hacer saltar el Derecho Público francés». Véase Ducarouge, Françoise; op. cit. pág. 88. Véanse también Pacteau, Bernard; *Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'art. 9 de la loi du 19 août 1986*. Les Petites Affiches-La loi, n° 121. 8 de octubre de 1986. Págs. 12 a 14. Labetoulle, Daniel; *Conseil d'État, avis du 6 mars 1986*. Revue de l'arbitrage, n° 2. 1992. Págs. 397 a 399. Labetoulle, Daniel; *Conseil d'État, avis du 6 mars 1986*, en Gaudemet, Y., Dal Farra, T., Stirn, B., et Rolin, F.; *Des Grands Avis du Conseil d'État*. Dalloz, 1997. Págs. 219 a 225. Con ocasión de los litigios suscitados posteriormente en relación con la operación Eurodisneyland, el Consejo de Estado ha admitido sin dificultad la validez de la cláusula compromisoria, *Conseil d'État, 23 mars 1992, MARTIN ET AUTRES*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1992. Págs. 1103 y ss.

Por otra parte, este artículo destaca por ser el único que excluye el recurso de apelación frente al acuerdo de arbitraje, conforme se interpreta de la referencia a la solución definitiva. En este caso, por tanto, el único recurso posible será el de anulación. Patrikios, Apostolos; op. cit. pág. 285.

<sup>112</sup> *Conseil d'État*; op. cit. pág. 87. Chapús, René; *Droit Administratif General*. Tomo II. 11ª Edición. Montchcestien. Paris, 1993. Pág. 570. Véase el Decreto n° 87-870, de 23 de octubre de 1987, por el que se publica el canje de notas de 29 de julio de 1987 entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte, relativo al reglamento de arbitraje desarrollado en aplicación del Tratado de Cantorbery de 12 de febrero de 1986 sobre el Canal de la Mancha, firmado en París el 29 de julio de 1987. *Journal Officiel de la République Française* de 29 de octubre de 1987. Según este Tratado, que contiene una completa regulación, en caso de litigio, cada uno de los gobiernos nombra un árbitro en el plazo de dos meses desde la demanda de arbitraje. A falta de designación, ésta se puede pedir al Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o a los Presidentes de Sala cuando el Presidente pertenezca a uno de los dos Estados. El Tribunal, con sede en Bruselas, puede aplicar el derecho francés o inglés, los principios pertinentes de Derecho Internacional y, cuando las partes estén de acuerdo, del principio de equidad. Ahora bien, los litigios relativos a la aplicación de la legislación nacional son competencia de las jurisdicciones estatales.

Recordemos que el artículo 55 de la Constitución Francesa de 1958 establece que "Los tratados o convenios internacionales regularmente ratificados y aprobados tienen, desde su publicación, un rango superior a las leyes, bajo reserva, para cada convenio o tratado, de su aplicación por la otra parte". El Consejo de Estado ha afirmado que el convenio internacional introducido válidamente en el ordenamiento interno prevalece sobre la ley contraria, incluso

carácter más discutido, los artículos 37 y 45 de la Ley 46-628, sobre nacionalización del gas combustible y de la electricidad, permitieron el recurso al arbitraje para solucionar los conflictos que pudieran producirse en aplicación de la Ley entre los organismos creados por la Ley y las autoridades concedentes, que resolvía el Consejo Superior de la Electricidad y del Gas. Sin embargo, algunos autores afirman que este Consejo no es un órgano jurisdiccional sino administrativo y que, por tanto, no estaríamos ante un verdadero arbitraje sino ante un recurso administrativo previo a toda instancia contenciosa<sup>113</sup>.

Por otra parte, en una importante resolución de 3 de marzo de 1989, el *Conseil d'État* ha matizado que los laudos arbitrales dictados al amparo de una cláusula compromisoria, cuando su utilización no esté autorizada por la Ley, están desprovistos de base legal, debido a la nulidad de dicha cláusula<sup>114</sup>.

---

posterior. Véase Conseil d'État; *Assemblée*, 20 octobre 1989, NICOLO. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1989. Pág. 190. Véase Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 123 a 125.

<sup>113</sup> Laubadère, Moderne y Devolvé; op. cit. pág. 957. Véase también Conseil d'État; *Assemblée*, 27 mai 1955, *ELECTRICITÉ DE FRANCE*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1955. Pág. 298. Además, estaríamos ante una modalidad obligatoria de arbitraje a la que el Consejo de Estado ha negado su carácter jurisdiccional. Rials, Stéphane; op. cit. § 75. Sobre esta polémica véanse, en general, Maleville, Georges; *Le rôle arbitral du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz et les pouvoirs du Ministre de l'Industrie et du Commerce*. Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz. Doctrine. Págs. 493 a 502. (Recoge las conclusiones de M. Le Commissaire du Gouvernement Chardeau ante el Conseil d'État). Pacteau, Bernard; *Arbitrage*. Juris-Classeur de Procédure Civile. Op. cit. § 70 y 108. Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 250 a 253. Este último autor afirma que, a diferencia de los supuestos previstos en los artículos 37 y 45 de la Ley 46-628, el procedimiento previsto en su artículo 18 para resolver los litigios que pudieran haber surgido entre el Estado y los servicios nacionales, de un lado, y las empresas afectadas, de otro, constituye un verdadero arbitraje. Dicho procedimiento se desarrolló por el Decreto 50-791, de 24 de junio de 1950.

En cambio, el Consejo de Estado si reconoció el carácter jurisdiccional al procedimiento arbitral previsto por el artículo 15-II de la Ley 78-1, de 2 de febrero de 1978, para fijar una indemnización a los franceses repatriados de ultra-mar cuando ésta fuera superior a la prevista en los baremos. Conseil d'État; *Section*, 6 février 1981, Melle. ROSE BALZANO. *L'Actualité Juridique de Droit Administratif*. 1981. Pág. 267. Nota G. Peiser. La Ley 82-4, de 6 de enero de 1982, fijó la sumisión de estas decisiones arbitrales a la *Cour d'appel*, reconociendo indirectamente su carácter jurisdiccional. Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 253 y 254. Véase también Rials, Stéphane; op. cit. § 60 a 62.

<sup>114</sup> Conseil d'État; *Section*, 3 mars 1989, SOCIÉTÉ DES AUTOROUTES DE LA RÉGION RHÔNE-ALPES (A.R.E.A.). Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1989. Págs. 69 y ss. En la resolución citada, el Consejo de Estado ha anulado un laudo arbitral ante la demanda de la Société des Autoroutes de la Région Rhône-Alpes afirmando: "Considerando que en los términos del artículo 2061 del Código Civil «la cláusula compromisoria es nula si no se dispone lo contrario por la Ley» y que ninguna disposición legislativa ha autorizado a los signatarios de un contrato de obras públicas a incluir tal cláusula en el contrato, las estipulaciones contenidas en el artículo 17 del citado contrato ... son ilegales. Que, en consecuencia, la sentencia arbitral de 17 de abril de 1986, emitida en aplicación de dicho artículo 17, está desprovista de base legal y que, desde entonces, la société A.R.E.A. está fundada para pedir



## **b) El acuerdo de arbitraje.**

Frente a la negativa general de la legislación y jurisprudencia francesa a la utilización de cláusulas compromisorias por personas morales de derecho público, el recurso de éstas a compromisos de arbitraje viene siendo admitido cada vez con mayor frecuencia en concretos sectores de la actividad administrativa. Los llamados convenios arbitrales contienen un compromiso por el que las partes enfrentadas en un litigio deciden *ex post* resolverlo a través de un procedimiento arbitral.

Junto al ya mencionado artículo 9 de la Ley 86-972, el artículo L. 311-6 del Código de Justicia Administrativa contiene otros supuestos en los que se permite la formalización de un acuerdo de arbitraje:

- La disposición más antigua es el artículo 69 de la Ley de 17 de abril de 1906<sup>115</sup>,

---

su anulación". El Prof. PACTEAU, que ha comentado esta resolución, pone de manifiesto que el sólo hecho de que el arbitraje estuviese organizado a la luz de la cláusula compromisoria ocasiona su ilicitud y que, por tanto, éste es el único hecho censurado. En su opinión, esta desaprobación va en consonancia con la repugnancia de los principios generales del arbitraje hacia la cláusula compromisoria, algo que queda acreditado en el mencionado artículo 2061 del Código Civil francés. Pacteau, Bernard; *Quelles perspectives pour l'arbitrage en contentieux administratif? Le cas des litiges administratifs entre personnes privées. Note sous Conseil d'État, Section, 3 mars 1989. Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes (A.R.E.A.). Revue Française de Droit Administratif*, vol. 5, n° 4. 1989. Pág. 623. Véanse también Pacteau, Bernard; *Arbitrage. Juris-Classeur de Procédure Civile*. Op. cit. § 57 a 62. Dufau, Jean; *Note sous Conseil d'État, Section, 3 mars 1989. Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes. L'Actualité Juridique de Droit Administratif*. 1989. Págs. 391 a 393. Foussard, Dominique; *Le juge administratif et l'arbitrage (remarques à propos de l'arrêt A.R.E.A. du 3 mars 1989)*. *Revue de l'arbitrage*. 1989. Págs. 167 a 188. Por otra parte, esta resolución también establece que las normas sobre el arbitraje previstas para las personas jurídico públicas son igualmente aplicables a las personas de Derecho Privado cuando actúen en la esfera administrativa, (representando a la Administración), siempre que los conflictos que de esta actuación puedan derivarse estén atribuidos a esta jurisdicción.

<sup>115</sup> El artículo 69 de la Ley de 17 de abril de 1906, *portant fixation de budget général des dépenses e des recettes de l'exercice 1906*, dispone lo siguiente: "Para la liquidación de sus gastos por obras públicas y suministros, el Estado, los Departamentos y las entidades locales podrán recurrir al arbitraje, tal como está regulado en el libro III del Código de Procedimiento Civil, (actualmente en el libro IV del Nuevo Código de Procedimiento Civil).

En lo que respecta al Estado, éste no podrá proceder al arbitraje si no es en virtud de un decreto adoptado en Consejo de Ministros y ratificado por el ministro competente y el Ministro de Economía y Finanzas.

En lo que respecta a los Departamentos el recurso al arbitraje deberá ser objeto de deliberación *del Conseil Général*, aprobada por el Ministro del Interior".

Véase Pacteau, Bernard; *Arbitrage. Juris-Classeur de Procédure Civile*. Op. cit. § 78 a 91.

Según el Prof. ROSA MORENO, también existe un Decreto de 25 de julio de 1906 que permite el arbitraje en los contratos de las colectividades locales y de sus establecimientos públicos. Rosa Moreno, Juan; op. cit. pág. 87.

reiterado por los artículos 247 y 361 del *Code des Marchés Publics*<sup>116</sup>. Dichos preceptos permiten al Estado, a los Departamentos y a las entidades locales recurrir, bajo determinados requisitos, al arbitraje para la liquidación de sus gastos por obras públicas y suministros.

- El artículo 7 de la Ley 75-596 de 9 de julio de 1975, sobre diversas disposiciones relativas a la reforma del procedimiento civil, añade un párrafo 2º al artículo 2060 del Código Civil, en virtud del cual los establecimientos públicos de carácter industrial y comercial pueden ser autorizados mediante decreto a comprometerse<sup>117</sup>. Por tanto, en este caso, dichos establecimientos también pueden celebrar convenios arbitrales.

- Varias son las leyes que permiten a determinados establecimientos públicos alcanzar compromisos de arbitraje: los establecimientos científicos y tecnológicos vienen autorizados por el artículo 19 de la Ley 82-610<sup>118</sup>; la SNCF por el artículo 25 de la Ley 82-1153 y por el artículo 3 de la Ley 97-135<sup>119</sup>; por último, la Poste y France Télécom

---

<sup>116</sup> Los artículos 247 y 361 del *Code des Marchés Publics*, aprobado por Decreto nº 64-729, de 17 de julio de 1964, establecen:

“Art. 247. - De conformidad con el artículo 69 de la Ley de 17 de abril de 1906, relativa a la fijación del presupuesto general de gastos e ingresos del ejercicio 1906, el Estado puede, para la liquidación de sus gastos de obras y suministros, recurrir al arbitraje tal como está regulado por el libro IV del Nuevo Código de Procedimiento Civil.

No obstante, este recurso debe estar autorizado por un decreto adoptado en Consejo de Ministros y ratificado por el ministro competente y el Ministro de Economía y Finanzas”.

“Art. 361. - De conformidad con el artículo 69 de la Ley de 17 de abril de 1906, relativa a la fijación del presupuesto general de gastos e ingresos del ejercicio 1906, las entidades y establecimientos mencionados en el artículo 250, (Administraciones territoriales y sus establecimientos públicos), pueden, para la liquidación de sus gastos de obras y suministros, recurrir al arbitraje, tal como está regulado por el libro IV del Nuevo Código de Procedimiento Civil”.

<sup>117</sup> Resulta criticable esta exigencia cuando en el caso de los establecimientos públicos locales de carácter industrial y comercial no resulta necesario un decreto de autorización del arbitraje para la liquidación de sus gastos de obras y suministros (art. 361 del *Code des Marchés Publics*). Véase Laubadère, *Moderne y Devolvé*; op. cit. págs. 952 y 953.

<sup>118</sup> El artículo 19 de la Ley 82-610, de 15 de julio, *d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France*, viene a decir lo siguiente: “Los establecimientos públicos de carácter científico y tecnológico están autorizados, por resolución del ministro encargado de su tutela, en tanto que sea necesario, a ... y a recurrir al arbitraje en caso de litigios nacidos de la ejecución de contratos de investigación concluidos con organismos extranjeros”.

<sup>119</sup> Véase nota 79.

por el artículo 28 de la Ley 90-568<sup>120</sup>.

- Finalmente, el artículo 24 de la Ley 95-877 de 3 de agosto de 1995, sobre transposición de la directiva 1993/7/CEE, de 15 de marzo, del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la restitución de bienes culturales que hayan abandonado ilícitamente el territorio de un Estado miembro, dispone que el Estado está autorizado a recurrir al arbitraje para llevar a cabo el procedimiento de retorno de un bien cultural a condición de que el propietario, el poseedor, o el detentador hayan mostrado su conformidad.

Fuera de este artículo L. 311-6 del Código de Justicia Administrativa, el *Code Général des Collectivités Territoriales* contiene dos supuestos de utilización del arbitraje en materia de entidades locales. En primer lugar, el artículo L. 1321-1 permite recurrir al arbitraje cuando no haya acuerdo para resolver los problemas surgidos en la delegación de competencias a entidades locales y la transferencia de los bienes necesarios para su ejercicio. El artículo fija un plazo de dos meses para llevar a cabo el procedimiento arbitral, pero se echa en falta un desarrollo de este artículo que fije sus condiciones y requisitos. En segundo lugar, destaca el supuesto recogido en el artículo L. 1424-20 del *Code Général des Collectivités Territoriales* y R. 1425-18 a R. 1425-21 de la nueva parte reglamentaria del *Code Général des collectivités territoriales* (aprobada por el Decreto 2000-318, de 7 de abril de 2000). El artículo L. 1424-17 permite la celebración de un convenio sobre modalidades de puesta a disposición por los municipios, Departamentos, u organismos públicos de cooperación local, al *Service Départemental d'Incendie et de Secours* (creado por la Ley 96-369, de 3 de mayo de 1996, que sucede a éstos en sus obligaciones) de bienes afectados a la prestación de servicios de incendio y primeros auxilios. Para la realización de este convenio, las partes pueden solicitar un informe jurídico o financiero a la Comisión Consultiva Departamental prevista en el artículo L. 1424-21. Ahora bien, en caso de que se

---

<sup>120</sup> Véase nota 80. Véase Fouchard, Philippe; *Une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public: la faculté de compromettre de la Poste et de France-Télécom*. *Revue de l'Arbitrage*. 1990. Págs. 945 à 947.

produzcan diferencias en la elaboración de alguna disposición del proyecto de convenio<sup>121</sup>, las partes pueden designar de común acuerdo un árbitro, que elegirán entre una lista de personas cualificadas y cuya decisión vincula a las dos partes, correspondiendo su remuneración a ambas por igual, (artículo L. 1424-20). Para solicitar la intervención arbitral será necesaria la presentación de una demanda conjunta donde se precisen los puntos de discrepancia que constituirán el objeto del arbitraje. El árbitro podrá oír a cualquier persona cuyo testimonio le parezca útil y realizará un informe que comunicará a las partes y al Prefecto. Después fijará el plazo en el que éstas le podrán remitir sus observaciones. Finalmente, formulará un informe definitivo, que transmitirá a las partes y al Prefecto, donde quedarán recogidas las disposiciones a retomar en el convenio, (artículos R. 1425-18 a R. 1425-21 de la nueva parte reglamentaria del *Code Général des collectivités territoriales*).

### **C) EL ÓRGANO ARBITRAL.**

El órgano arbitral<sup>122</sup> es el designado libremente por las partes, normalmente atendiendo a los principios de especialidad, imparcialidad e independencia. Respecto a la constitución del tribunal arbitral pueden aplicarse las reglas contenidas en los artículos 1444 y 1451 a 1459 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés, relativas al arbitraje privado, aunque con las adaptaciones necesarias, que aparecen ya recogidas a continuación<sup>123</sup>.

El árbitro debe ser en todo caso una persona física con plena capacidad de obrar, ya que una persona jurídica únicamente podrá proceder a organizar el arbitraje (art.

---

<sup>121</sup> Si no se llega a la firma del convenio, una Comisión Nacional regula la transferencia de medios personales y materiales al Servicio Departamental de Incendio y Primeros Auxilios, (artículos L. 1424-22 y L. 1424-23 del *Code Général des Collectivités Territoriales*).

<sup>122</sup> Sobre el tribunal arbitral véase Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 175 a 195.

<sup>123</sup> Conseil d'État; op. cit. págs. 96 y 97.

1451)<sup>124</sup>. Cuando estemos ante una cláusula compromisoria y, producido un conflicto, exista un problema en la constitución del tribunal arbitral o en la designación de los árbitros, será el presidente del Tribunal Administrativo competente el que proceda a su designación (art. 1444). Por otro lado, los árbitros tienen que aceptar expresamente su misión y, teniendo en cuenta que su independencia constituye un principio esencial del arbitraje, deberán informar de oficio a las partes sobre toda causa de abstención en que puedan incurrir. En caso de que concurra algún motivo para su abstención o recusación, el árbitro sólo podrá intervenir previo acuerdo al respecto de las partes (art. 1452).

El tribunal arbitral debe estar constituido por un sólo árbitro o por varios en número impar (art. 1453). Si las partes han designado un número par de árbitros, el tribunal arbitral deberá completarse por un árbitro escogido conforme a las previsiones de las partes y, en su defecto, por los árbitros designados, o, a falta de acuerdo de éstos últimos, por el presidente del tribunal administrativo competente<sup>125</sup>, (art. 1454). Por otra parte, a falta de previsión convencional al respecto, el plazo para que los árbitros ejerzan su misión es de 6 meses, contados a partir del día en que el último de ellos la aceptó. Este plazo puede ser prorrogado por acuerdo de las partes o, a solicitud de una de ellas o del tribunal arbitral, por el presidente del Tribunal Administrativo competente, (art. 1456). Toda disposición o acuerdo contrario a estas reglas se tendrá por no escrito (art. 1459).

#### **D) PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.**

El principio de libertad rige la formulación de las reglas del procedimiento, que deben quedar fijadas en el convenio arbitral. Son de aplicación las reglas contenidas en

---

<sup>124</sup> Como ejemplo destaca el *Comité d'arbitrage de travaux publics*. Los centros de arbitrage elaboran listas de árbitros, que gozan de una presunción de competencia e imparcialidad, y colaboran y prestan su apoyo en la celebración del arbitraje. Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 181 y 182.

<sup>125</sup> El juez competente será aquel que sería competente para enjuiciar el asunto en defecto de arbitraje. Además será a él a quien corresponda ejercer el control del laudo arbitral. Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 193 y 194.

los artículos 1460 a 1480 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés, relativas al arbitraje privado, aunque con algunas precisiones y basándose en un arbitraje de derecho<sup>126</sup>.

La fórmula arbitral debe respetar los principios del procedimiento contencioso. Entre estos destaca el de contradicción, cuya vulneración constituye un supuesto de nulidad del laudo arbitral conforme al artículo 1484.4º del Nuevo Código de Procedimiento Civil. Durante la fase de instrucción, el árbitro tienen la potestad de obligar a las partes, especialmente a la Administración, a aportar los elementos de prueba que posean, (art. 1460). Sin embargo, los árbitros no pueden verificar la autenticidad de un acto administrativo, ya que esta facultad sólo puede estar atribuida a un juez estatal. Si el convenio arbitral no establece otra cosa, los actos de instrucción y el proceso verbal son llevados a cabo por todos los árbitros, (art. 1461). Además, los terceros son oídos sin necesidad de prestar juramento. Por otro lado, un árbitro sólo puede ser revocado por consentimiento unánime de las partes, debiendo cumplir con su cometido hasta el final, (art. 1462). Cuando, tras su designación, aparezca una causa de abstención o recusación, éste no podrá continuar desempeñando su función, a no ser que exista un acuerdo unánime de las partes en ese sentido, (arts. 1462 y 1452). Ante la dificultad para apreciar las mencionadas causas, se estará a lo dispuesto por el juez administrativo competente.

A falta de acuerdo de las partes, el procedimiento arbitral finaliza por la expiración del plazo previsto en el artículo 1456 o por abstención, recusación, revocación, fallecimiento o pérdida de los derechos civiles del árbitro (art. 1464)<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Conseil d'État; op. cit. págs. 97 a 99. Sobre el procedimiento arbitral véase Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 199 a 220 y, especialmente, 227 y 228. Este autor critica la solución del Consejo de Estado y considera que el árbitro puede actuar como *amiable compositeur*, es decir en base a la equidad. Patrikios, Apostolos; op. cit. págs. 260 a 264.

<sup>127</sup> El Consejo de Estado francés propone que, salvo acuerdo en contrario de las partes y excepto en el supuesto de extinción del plazo previsto en el artículo 1456, se debería continuar el procedimiento arbitral cuando se pudiese sustituir al antiguo árbitro por uno nuevo. Conseil d'État; op. cit. pág. 98.

También finaliza por sentencia, cuando ésta no es objeto de recurso conforme a lo establecido en el apartado siguiente. Téngase en cuenta que, desde que el árbitro fija la fecha en que el asunto será sometido a deliberación y fallo, no puede plantearse ningún otro recurso ni presentarse alegación u observación alguna, si no es a petición del tribunal arbitral, (art. 1468). Las deliberaciones de los árbitros son secretas y la decisión se toma por mayoría, debiendo motivarse tras exponer sucintamente las pretensiones de las partes y sus alegaciones (arts. 1469 a 1471). En ella deberá constar el nombre de los árbitros que la emitieron, lugar y fecha, nombres o denominaciones de las partes, su domicilio o sede social y, en su caso, el nombre de los abogados o de toda persona que haya representado o asistido a las partes (art. 1472). La sentencia ha de ser firmada por todos los árbitros, aunque si una minoría rechaza su firma, los demás harán constar esta circunstancia y el laudo tendrá el mismo efecto que si hubiese sido firmado por todos (art. 1473). El árbitro podrá interpretar la sentencia o reparar los errores y omisiones materiales o de cálculo que la afecten. Si el tribunal arbitral no puede reunirse de nuevo, esta facultad corresponderá al Tribunal Administrativo que hubiera resultado competente en defecto del arbitraje (art. 1475).

La jurisprudencia administrativa francesa ha interpretado siempre las disposiciones que permiten el uso del arbitraje en derecho administrativo de una forma restrictiva<sup>128</sup>. Sin embargo, en coherencia con la naturaleza jurisdiccional que le confiere, el Consejo de Estado ha reconocido que, cuando el arbitraje es lícito, la sentencia arbitral tiene fuerza de cosa juzgada (art. 1476)<sup>129</sup>. Respecto a su ejecución, si esta no se lleva a cabo voluntariamente por las partes, y teniendo en cuenta que el Estado es el único titular de las medidas coercitivas, ésta ha de realizarse mediante un procedimiento de verificación (*exequátur*) ante el juez administrativo, que ordenará la ejecución del

---

<sup>128</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 22.

<sup>129</sup> Conseil d'État; *Assemblée, 21 avril 1943, SOCIÉTÉ LES ATELIERS DE CONSTRUCTION DU NORD DE LA FRANCE*. Recueil des décisions du Conseil d'État. Editions Sirey. Paris, 1943. Pág. 107 y ss.

laudo<sup>130</sup>. A este respecto, uno de los árbitros depositará en la secretaría del tribunal el acta del laudo acompañada de un ejemplar del convenio arbitral. La orden de ejecución, cuyo rechazo deberá ser motivado, se apostillará sobre el acta de la sentencia arbitral, (arts. 1477 y 1478), y no es susceptible de recurso (art. 1488). El control que realiza el juez administrativo sobre el laudo arbitral es puramente formal: verifica que se basa en un convenio arbitral, que la sentencia ha sido dictada y firmada correctamente, y, en cuanto al fondo, únicamente entra a considerar si la decisión es acorde o no con las reglas de orden público.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el compromiso arbitral actúa como excepción procesal en sede contenciosa. Los tribunales estatales deberán declararse incompetentes cuando se presente ante ellos un litigio del que se está ocupando un tribunal arbitral<sup>131</sup>.

#### **E) IMPUGNABILIDAD Y JURISDICCIÓN COMPETENTE.**

Según recoge ROSA MORENO<sup>132</sup>, existen dos vías alternativas de recursos ante el laudo arbitral: el recurso de anulación que, en cuanto responde a la finalidad misma de la institución arbitral, es asumido prácticamente tal como está diseñado en el ámbito civil, y el recurso de apelación, en cuanto el Consejo de Estado considera que las sentencias arbitrales en materia administrativa son siempre susceptibles de apelación<sup>133</sup>. El tribunal competente para conocer de los recursos contra laudos arbitrales será la Corte

---

<sup>130</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 85. Véase nota 125. Las partes, al designar al árbitro, le confieren la potestad de resolver el litigio conforme a derecho, es decir la *jurisdictio*. Sin embargo, no pueden conferirle el *imperium* del que disponen únicamente los poderes públicos. Patrikios, Apostolos; op. cit. pág. 295.

<sup>131</sup> Artículo 1458 del *Nouveau Code de Procédure Civile*. Véase Conseil d'État; op. cit. pág. 96.

<sup>132</sup> Rosa Moreno, Juan; op. cit. pág. 89.

<sup>133</sup> Respecto de los recursos de anulación y apelación de laudos arbitrales véase el informe del Conseil d'État; op. cit. págs. 99 a 101.



Administrativa de Apelación<sup>134</sup> que corresponda al distrito en el cual se emitió el laudo (art. 1486).

Respecto del primero, el Consejo de Estado considera extrapolable al ámbito administrativo el artículo 1.484 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés, que establece seis causas de anulación del laudo arbitral: ausencia, nulidad<sup>135</sup> o expiración del compromiso arbitral, irregularidad de la composición o designación del órgano arbitral<sup>136</sup>, incumplimiento o falta de aceptación de su misión por el árbitro, vulneración del principio de contradicción, desconocimiento de las reglas sobre la redacción de la sentencia<sup>137</sup>, y violación de una regla de orden público. En caso de anulación de la sentencia, el *Conseil d'État* considera que la jurisdicción que conozca del recurso decidirá sobre el fondo, dentro de los límites impuestos al árbitro por el convenio arbitral y salvo voluntad contraria de las partes, en cuyo caso se recurrirá otra vez al arbitraje (art. 1485). Este recurso únicamente puede interponerse contra una sentencia arbitral, no contra un acto o decisión de otra naturaleza.

En el recurso de apelación<sup>138</sup>, el juez vuelve a considerar todos los elementos del

---

<sup>134</sup> Las Cortes Administrativas de Apelación han sido instituidas por la Ley n° 87-1127, de 31 de diciembre de 1987, de reforma del contencioso administrativo. Entre sus funciones destacan el tener que decidir sobre las decisiones de los Tribunales Administrativos, (también, en opinión del Consejo de Estado, de los laudos arbitrales, dado el carácter jurisdiccional que este órgano atribuye al arbitraje), y sobre los recursos sobre cuestiones de legalidad de los actos administrativos (el llamado *contentieux pour excès de pouvoir*).

<sup>135</sup> La nulidad del compromiso arbitral vendría dada, básicamente por dos tipos de razones: primeramente, aquellas que afectan a la capacidad y a la libre formación de la voluntad de las partes para recurrir al arbitraje (especialmente la vulneración de las normas sobre formación de la voluntad de las Administraciones Públicas que concluyeron el mencionado compromiso); en segundo lugar, como vimos anteriormente, puede entenderse que el recurso al procedimiento arbitral mediante la fórmula de la cláusula compromisoria, cuando ésta no está permitida por la Ley, es una causa de nulidad que cualquiera de las partes afectadas puede alegar sirviéndose del artículo 2061 del Código Civil.

<sup>136</sup> Aquí debe prestarse especial atención a los principios de especialización, imparcialidad e independencia del órgano arbitral. Véase la letra c) relativa al órgano arbitral.

<sup>137</sup> El número 5 del art. 1484 reenvía al art. 1480, que establece que, bajo pena de nulidad, la sentencia arbitral deberá ser motivada y en ella deberá hacerse constar el nombre de los árbitros, la fecha y la firma.

<sup>138</sup> Véase el inciso final de la nota 111.

asunto y, si procede, modifica el laudo arbitral. El Consejo de Estado francés considera también trasladable al arbitraje administrativo la facultad de las partes de renunciar a la apelación, contemplada en el artículo 1482 del Nuevo Código de Procedimiento Civil. Las razones expresadas por el Consejo de Estado se basan en el respeto al espíritu del arbitraje, que pretende resolver rápidamente y por jueces privados la diferencia surgida. El respeto a las reglas esenciales queda garantizado al existir el recurso de anulación por violación de una regla de orden público.

Ambos recursos son estudiados y resueltos según las reglas relativas al procedimiento contencioso, (art. 1487). Pueden ser interpuestos desde que se dictó el laudo hasta el mes siguiente a la notificación de la sentencia revestida del *exequátur*, (en tanto éste no haya sido concedido, no comienza a correr el plazo para la interposición del recurso). El recurso interpuesto en plazo tendrá carácter suspensivo, (art. 1486). El rechazo de la apelación o del recurso de anulación confiere el *exequátur* a la sentencia arbitral o a aquellas disposiciones que no hayan sido objeto de censura por la Corte, (art. 1490).

Finalmente, el Consejo de Estado no considera posible el recurso de revisión ante el tribunal de apelación, previsto en el artículo 1491, porque en Derecho Administrativo este recurso sólo existe ante el propio Consejo de Estado. Si considera aplicable, en cambio, el art. 1481, en virtud del cual el laudo arbitral no es susceptible de *opposition*, aunque sí de *tierce opposition* ante el tribunal que hubiera resultado competente en defecto del arbitraje<sup>139</sup>. La decisión de la Corte Administrativa de Apelación es susceptible de recurso de casación ante el Consejo de Estado<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Se permite, por tanto, el recurso de un tercero indirectamente afectado, sin embargo, la *opposition* no se permite en la medida en que debe llevarse a cabo por una persona que tenga un interés directo en el litigio sometido a arbitraje y que como interesado puede acudir por separado a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>140</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 100. Téngase en cuenta que el artículo 10 de la Ley de 31 de diciembre de 1987 establece que "las decisiones emitidas por las Cortes Administrativas de Apelación podrán ser llevadas al Consejo de Estado por vía de recurso de casación".

## F) VISIÓN PRÁCTICA.

En el estado actual del derecho positivo, el arbitraje es un modo raro, aunque no excepcional, de solución de conflictos en materia administrativa<sup>141</sup>. No obstante, conviene recordar que el legislador francés parece desconfiar de estas fórmulas de solución de conflictos, lo que se demuestra en la falta de una regulación general y de avances normativos recientes. Para evitar que este vacío normativo se perpetúe, el *Conseil d'État* ha reclamado la elaboración de una ley y de los oportunos decretos para poner en práctica las reformas que propone en su informe<sup>142</sup>.

Sin embargo, hay que decir que, en contraste con esta insuficiente regulación legal, la presencia e importancia del arbitraje administrativo en la práctica cotidiana está siendo objeto de un aumento espectacular. Sirva, a modo de conclusión, la opinión del Prof. Franck MODERNE<sup>143</sup>. Este jurista francés, que tan apreciado y querido es en nuestro Derecho Administrativo, se muestra sin ningún género de dudas a favor del arbitraje administrativo, cuyo funcionamiento práctico es muy eficaz, ya que permite, en aquellos ámbitos en que esta técnica resulta apropiada, resolver los conflictos planteados de una forma rápida y satisfactoria. Para que esto sea así, es fundamental determinar en el convenio arbitral las concretas características del arbitraje, siempre dentro del respeto al ordenamiento jurídico, con el fin de evitar eventuales problemas procedimentales ulteriores. El respeto al principio de tutela judicial efectiva queda aquí garantizado por la existencia del recurso de anulación, escasamente utilizado dado que el éxito de esta técnica heterocompositiva descansa en el escasísimo índice de impugnabilidad de los laudos arbitrales, que tienen fuerza de cosa juzgada y pueden ser

---

<sup>141</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 23.

<sup>142</sup> Conseil d'État; op. cit. pág. 101.

<sup>143</sup> Franck MODERNE es Profesor en la Universidad de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) y Director del D.E.A. de Derecho Público comparado de los Estados Europeos. A parte de ser un prestigioso jurista de todos sobradamente conocido, ha actuado como árbitro en asuntos propios del Derecho Administrativo. Las opiniones aquí expuestas tienen su origen en una conversación mantenida en París el 8 de diciembre de 1998.

ejecutados por el juez administrativo tras el oportuno *exequátur*. El procedimiento de arbitraje, según MODERNE, tiene la ventaja de permitir discusiones directas entre las partes, lo que permite una mejor comprensión de las posturas contrarias facilitando la negociación y el diálogo. Además, hace posible que el árbitro conozca de forma directa y con el tiempo necesario el problema subyacente que ha provocado el enfrentamiento, lo que le permitirá emitir una solución más correcta (algo que no ocurre en los Tribunales de Justicia, en los que el juez debe hacer frente de forma simultánea a numerosos y complejos supuestos). Finalmente, hay que hacer hincapié en la rapidez y flexibilidad del procedimiento arbitral frente al proceso judicial, donde las soluciones llegan muchas veces demasiado tarde debido a las rigideces procedimentales y a los retrasos provocados por la saturación de los tribunales. Todo lo anterior permite afirmar que, llevándose a cabo correctamente, el arbitraje es una vía alternativa a la judicial que permite resolver con garantías los litigios administrativos, contribuyendo además a socorrer a la Jurisdicción Contenciosa de ese colapso en que se haya sumergida.



## VALORACIÓN FINAL.

En la actualidad y tras el fuerte impulso dado por la doctrina en los últimos años, la evolución de los medios alternativos de resolución de conflictos en Derecho Administrativo francés está siendo objeto de un estancamiento propiciado por la inactividad del legislador y, muy especialmente, por la posición fuertemente restrictiva de la jurisprudencia francesa. Prestigiosos autores<sup>144</sup> han criticado enérgicamente esta postura jurisprudencial y han pedido un cambio hacia criterios más abiertos y actuales. Estas críticas alcanzan también al legislador. Se echa en falta, no sólo un cambio en la escasa y restrictiva legislación existente hasta el momento (fundamentalmente los artículos 2060, párrafo primero, y 2061 del Código Civil), sino también un desarrollo de las cláusulas habilitantes que dé lugar a una regulación concreta del arbitraje y de los otros medios de solución de conflictos, fijando su ámbito de aplicación, sus reglas de procedimiento, sus efectos, etc.

Los tímidos movimientos llevados a cabo desde el Gobierno y el Parlamento, (circulares del Primer Ministro, intento de unificación de la regulación del arbitraje en el artículo L. 311-6 del nuevo Código de Justicia Administrativa, etc.), no resultan suficientes para impulsar la utilización de estas técnicas. Administraciones y particulares, a mi modo de ver, no terminan de decidirse por su puesta en práctica ante la falta de una actuación expresa del legislador que resulte indicativa del olvido de los

---

<sup>144</sup> Véase, especialmente, Jarrosson, Charles; *L'arbitrage en droit public*. Op. cit. Págs. 22 a 24.

prejuicios y miedos que tradicional e injustificadamente han rodeado este tema. Precisamente, aunque resulte positiva la unificación de las normas que permiten la utilización del arbitraje administrativo, debe criticarse, sin embargo, que no se haya aprovechado la elaboración del nuevo Código de Justicia Administrativa para introducir una regulación general completa del mismo.

Sin embargo, la mencionada regulación no debe realizarse precipitadamente. Aunque el estudio en Francia de estas técnicas ya está, en mi opinión, suficientemente maduro, hay algunos ámbitos en donde su aplicación es objeto de controversias. Puede resultar muy peligrosa una regulación que extralimite la aplicación de estos mecanismos a aquellas materias que no la permitan, por lo que el legislador no debe intentar abarcar los supuestos conflictivos. Por contra, siempre que la utilización de estos medios resulte clara (responsabilidad, contratos públicos, etc.), urge una regulación concreta, que elimine la incertidumbre que impide a Administraciones y particulares decidirse a aprovechar las ventajas que estos mecanismos ofrecen, frente a una lenta, colapsada y cara Justicia Administrativa. Esta regulación deberá realizarse con un vocabulario claro, que no dé lugar a confusiones. Además, (lo que resulta de gran importancia y utilidad), sería conveniente no recurrir a normas dispersas en Códigos de Derecho Privado (*Code Civil* y *Nouveau Code de Procédure Civile*), procediendo a unificar la normativa vigente en una norma propiamente administrativa, que regule de forma general estos medios alternativos de resolución de conflictos, sin perjuicio de que las normas sectoriales puedan realizar las adaptaciones oportunas.

No debe olvidarse, finalmente, que estas técnicas son complementarias entre sí, ya que un procedimiento de conciliación puede desembocar en un acuerdo recogido mediante un contrato de transacción, o, también, las partes que acuden al mecanismo transaccional pueden remitir a un arbitraje la solución de aquellos aspectos del litigio que no puedan resolver amistosamente. La ya importante experiencia práctica que existe en estos momentos en el país vecino debe tenerse bien presente en nuestro país, dado que

de ella se pueden extraer ilustrativos resultados e importantes conclusiones<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> A lo largo del presente trabajo se han expuesto datos y conclusiones significativas, derivados de los estudios que algunos autores han obtenido de esta experiencia práctica. Véanse, entre otros muchos, Conseil d'État; *Régler autrement les conflicts*. Op. cit. Dupuy, Roger-Christian, Perret, Jean-Marie et Beyssac, Roland; *La pratique de la conciliation au Tribunal administratif de Nantes*. Op. cit. Marchés Publics; *Le Comité consultatif de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics (Premier rapport d'activité)*. Op. cit. Agence Judiciaire du Trésor; *L'Administration et la transaction*. Op. cit. Service Juridique de l'Agence Judiciaire du Trésor; *La transaction. Mode d'emploi*. Op. cit. Levasseur, Alain; *Les transactions: l'exemple de l'assistance publique-Hôpitaux de Paris*. Op. cit.





## **TERCERA PARTE**

# **“Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos Administrativos en España”**



# **CAPÍTULO I. CAUSAS QUE ACONSEJAN LA INTRODUCCIÓN DE OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.**

## **A) LA CRISIS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA.**

El desarrollo efectivo de la Constitución de 1978 (en especial en lo que hace referencia a los derechos y deberes fundamentales y al sistema de organización territorial del Estado español), el de nuestra sociedad y el de nuestras Administraciones Públicas han originado un fuerte incremento de las relaciones jurídico-administrativas. Como consecuencia, el número de conflictos jurídicos también ha aumentado de forma alarmante en los últimos años, dando lugar a innumerables recursos que desbordan los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>1</sup>. Las normas, de dudosa calidad

---

<sup>1</sup> La Exposición de Motivos de la LJCA refleja esta situación: «Sólo a raíz de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el sometimiento de la Administración pública a la Ley y al derecho y el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales ... Por otra parte, durante los últimos lustros la sociedad y la Administración española han experimentado enormes transformaciones ... Todos estos cambios repercuten de una u otra forma sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa ... (que) ha sufrido hasta la saturación el extraordinario incremento de la litigiosidad entre ciudadanos y Administraciones y de éstas entre sí ... De ahí que ... la Jurisdicción Contencioso-administrativa esté atravesando un período crítico». En términos parecidos, la Exposición de Motivos de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, comienza diciendo «La proclamación constitucional en los artículos 103 y 106 de los principios de sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho y de universalidad del control jurisdiccional de la actividad administrativa, junto con un creciente grado de conciencia ciudadana acerca de los medios previstos por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos y libertades, han venido a dar lugar en los últimos años a un importantísimo crecimiento del siempre ingente volumen de procesos judiciales en que son parte

en muchos casos, utilizan conceptos generales e indeterminados, la complejidad normativa es cada día mayor, y los medios personales y materiales de los órganos judiciales son absolutamente insuficientes. La lentitud e ineficacia de las resoluciones obliga a analizar nuestro modelo de Justicia Administrativa que, en general, no funciona en España de forma satisfactoria<sup>2</sup>.

El afianzamiento del Estado de Derecho y la mayor confianza de los ciudadanos en la Justicia han permitido un mayor control de la Administración acentuando su respeto por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en ocasiones se ha producido un uso abusivo de la vía judicial (a menudo temerario o poco fundado), a la que sólo debe acudir cuando no hay otra forma de solucionar las diferencias jurídicas entre Administración y ciudadanos. No ha sido excepcional el recurso a los Tribunales para intentar demorar los efectos de una decisión administrativa justificada (una sanción, por ejemplo) o para entorpecer la actividad de cualquier Administración. Unas veces ha existido una utilización inadecuada de los procedimientos para alargarlos e, incluso, se ha intentado un empleo excesivo de las medidas cautelares. Otras se acude a los Tribunales por cuestiones de tan poca importancia que no justifican el uso de la vía judicial. Por último, las reticencias de los órganos administrativos para ejecutar las sentencias condenatorias contribuyen también, entre otras muchas razones, a complicar más el grave problema de la saturación del Orden Contencioso-Administrativo, que origina la enorme lentitud de los procesos. Precisamente, la larga duración de los procedimientos judiciales y la falta de efectos suspensivos de las decisiones administrativas, ha dado lugar a una viciada práctica que ha llevado con frecuencia a la Administración a afianzarse en su posición, escasamente fundada en Derecho, obligando

---

las diversas Administraciones públicas, configurándose, en lo que al Estado se refiere, un panorama litigioso de volumen e intensidad desconocidos en épocas anteriores».

<sup>2</sup> El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, suscrito en mayo de 2001 por el Gobierno, el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, constata la deteriorada situación de la Justicia en España y propone medidas para conformar un nuevo modelo de Justicia que permita una actuación más rápida, eficaz y de calidad. Consúltense en Sánchez Morón, Miguel; *El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*. JA, nº 13. 2001. Págs. 255 a 265.

a la otra parte a acudir a un largo peregrinaje ante los Tribunales o a renunciar a la defensa de sus derechos, bien por el considerable gasto de tiempo y de dinero, bien por miedo a que la decisión final ya no solucione nada.

Ya en 1989, MARTÍN MATEO, en su interesantísimo trabajo *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*<sup>3</sup>, llamó la atención sobre las graves carencias de nuestro sistema contencioso y sobre la conveniencia de poner en práctica instancias arbitrales que permitiesen obtener decisiones más rápidas y al mismo tiempo aligerasen la carga de trabajo de los Tribunales<sup>4</sup>. Mediante el tratamiento de datos estadísticos, el grupo de trabajo dirigido por el Prof. MARTÍN MATEO pudo constatar en dicho estudio cómo, pese al aumento de la productividad de los Magistrados, el número de asuntos pendientes en los distintos niveles del Contencioso-Administrativo había aumentado considerablemente en los últimos años, por lo que el atasco se hacía cada vez mayor. Como consecuencia de lo anterior, también se produjo un incremento notable del periodo de tiempo necesario para el señalamiento, tramitación y resolución de los recursos.

Casi quince años después estos problemas continúan, y ello pese a la positiva experiencia de los Juzgados de lo Contencioso, cuya puesta en funcionamiento ha tenido lugar con la reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Pese al esfuerzo de los Juzgados y Tribunales integrantes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, éstos son incapaces de asumir todo el trabajo que tienen asignado. Existe un importante colapso de la Justicia Administrativa española, que obliga a seguir

---

<sup>3</sup> Martín Mateo, Ramón; *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. INAP. Madrid, 1989. En este trabajo su autor maneja una amplia información estadística que demuestra el deficiente funcionamiento de nuestra Justicia Contencioso-Administrativa.

<sup>4</sup> Martín Mateo, Ramón; *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. págs. 10 y 126 a 130.

hablando de la crisis del Contencioso-Administrativo<sup>5</sup>. El aumento del número de Jueces y Magistrados y las mejoras en los Juzgados son completamente insuficientes, entre otras razones porque los medios humanos y materiales necesarios no han crecido en la misma proporción que el número de recursos presentados. De forma similar a lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, en España la cifra de asuntos que esperan ser resueltos por los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa desborda completamente a sus Juzgados y Tribunales, que bastante tienen con intentar que éstos no aumenten todavía más. Así, el número de asuntos pendientes en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a finales del año 2001 era de 19.918, situándose la duración media de los procesos en tres años y dictando cada Magistrado un promedio de 165 sentencias por año. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tenía pendientes a finales del mismo año 17.350 pleitos y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo 1.146. También a finales del año 2001, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tenían un lastre de 232.260 asuntos, resolviendo cada Magistrado una media de 326 sentencias por año, promedio este último que aumentó considerablemente respecto a años

---

<sup>5</sup> Así lo ha considerado Martín Mateo, Ramón; *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 95. Este autor afirma en la pág. 104 que «la Justicia administrativa en nuestro país es notoriamente ineficaz, y en muchos casos inexistente, ya que es inútil acudir a ella cuando se sabe de antemano que antes de recaer sentencia habrá desaparecido la posibilidad del remedio». Véase también García de Enterría, Eduardo; *Hacia una nueva Justicia Administrativa*. Civitas. 2ª Edición. Madrid, 1992. Págs. 22 y 84. Tornos Mas, Joaquín; *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*. DA, nº 220. 1989. Pág. 207. *La situación actual del proceso contencioso-administrativo*. RAP, nº 122. 1990. Págs. 103 y ss. *El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 6. 1995. Págs. 13 y 14. Trayter Jiménez, Juan Manuel; *El arbitraje de Derecho Administrativo*. RAP, nº 143. 1997. Pág. 75. Rosa Moreno, Juan; *El arbitraje administrativo*. McGraw-Hill. Madrid, 1998. Págs. 1 a 10. Huergo Lora, Alejandro; *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2000. Págs. 19 a 26. Sánchez Morón, Miguel; *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Instituto de España-Espasa Calpe. Madrid, 1991. Pág. 115. Este último autor lleva a cabo interesantes reflexiones en su trabajo *Sobre la situación de la Justicia Administrativa en los albores del Siglo XXI*. RAP, nº 154. 2001. En las páginas 295 y 296 escribe: «en el año 1997, el Consejo General del poder Judicial encargó la elaboración de un barómetro de opinión sobre “la imagen de la Administración de Justicia en la sociedad española”. Los resultados de la encuesta ... fueron francamente demoledores ... Para el 84 por 100 de ellos, la Justicia se expresa en un lenguaje excesiva e innecesariamente oscuro, incomprensible para el ciudadano medio. El 81 por 100 le achacaba una excesiva lentitud, que perjudica sobre todo a los más débiles e indefensos. Para el 76 por 100 resulta tan cara que a menudo no interesa acudir a los tribunales. En definitiva, la Administración de Justicia se percibía según dicha encuesta como hermética, lenta, cara, anticuada y necesitada de una reforma urgente y a fondo ... los entrevistados consideraban que las leyes no se aplican de forma igualitaria; que existe corrupción en la Administración de Justicia, aunque similar o inferior a la de otros ámbitos; que la Administración de Justicia es escasamente independiente frente a las presiones políticas o mediáticas, y que su actuación resulta en buena medida impredecible».

anteriores<sup>6</sup>. Los recientes Juzgados de lo Contencioso-Administrativo arrastraban ya en el mismo momento una carga de 36.495 litigios, aunque aquí afortunadamente el volumen de asuntos por resolver equivalía a cinco meses y medio de trabajo de estos juzgados. El número de recursos presentados ha venido aumentando de forma espectacular en las últimas dos décadas y, pese a los esfuerzos de los órganos judiciales, en el Orden Contencioso-Administrativo había 307.169 asuntos pendientes a finales del año 2001, cifra que es preocupante y alarmante<sup>7</sup>. En el año 2002 ingresaron 193.456 asuntos, siendo la Jurisdicción Contencioso-Administrativa «la única que presenta un retroceso en la labor resolutoria»<sup>8</sup>. Llama asimismo la atención el número de recursos que en el año 2000 fueron estimados, (47 % en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y 43 % en las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia), lo que demuestra la falta de examen efectivo de los recursos en vía administrativa e «indica que la justicia contenciosa constituye todavía una importante garantía de los administrados frente a la administración».

La tardanza de las resoluciones judiciales viene producida no sólo por el constante incremento en el número de asuntos sino por las complejidades de los procedimientos. Estos fuertes retrasos en la solución de los litigios provocan su

---

<sup>6</sup> En estos Tribunales, «aunque los asuntos resueltos disminuyeron ligeramente, se resolvió un 18 % más de lo ingresado, haciendo que la carga pendiente sea de unos 232.000 asuntos, que es la cifra más baja observada durante los últimos cuatro años. Con todo, los datos muestran que harían falta casi 28 meses (o, 2 años y 4 meses) de trabajo de estos Tribunales para resolver toda la carga de trabajo pendiente si se mantuviera el ritmo de resolución actual».

<sup>7</sup> A finales de 1999 el número de asuntos pendientes en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa era de 365.231, mientras que a finales del 2000 era de 324.112. «Durante el año 2001 ingresaron 190.923 asuntos en los órganos que constituyen la jurisdicción contencioso administrativa, lo que representa un incremento del 10 % respecto de lo ocurrido en el año 2000. Y, por segundo año consecutivo, se resolvieron más asuntos que los que entraron, lo que nuevamente resultó en una reducción del 5 % en el número de asuntos pendientes. Quedaron pues 307.169 asuntos por resolver a finales del 2001. El número de asuntos resueltos por magistrado ascendió a 452 ... La tasa de pendencia en esta jurisdicción disminuyó por cuarto año consecutivo, quedando fijada en casi 18 meses de trabajo de esta jurisdicción». Todos los datos que aquí se presentan provienen de los informes del Consejo General del Poder Judicial sobre la actividad de Juzgados y Tribunales correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001. Al terminar la redacción de este trabajo no se han publicado todavía datos oficiales más recientes de los que aquí se indican. Véase [www.poderjudicial.es/organosjudiciales/](http://www.poderjudicial.es/organosjudiciales/).

<sup>8</sup> Consejo General del Poder Judicial; *MEMORIA sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales*. Volumen I. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2003. Pág. 59.



ineficacia y, con frecuencia, la renuncia de los ciudadanos a luchar judicialmente por la defensa de sus derechos<sup>9</sup>. Como señaló SÁNCHEZ MORÓN en 1991<sup>10</sup> «la justicia administrativa en España adolece de un problema de saturación grave. Esta situación supone que la tutela judicial sea excesivamente lenta, lo que a veces, de por sí, la hace ineficaz. A ello hay que añadir que el procedimiento judicial es poco ágil y que la Administración, si le conviene, puede retrasarlo incumpliendo los plazos ... Por último, el ciudadano que ha obtenido una sentencia condenatoria de la Administración encuentra en no pocas ocasiones dificultades para que la sentencia se cumpla en todos sus términos, ya que la ejecución de la misma corresponde a la propia Administración condenada<sup>11</sup>». También MARTÍN REBOLLO explícitamente afirma<sup>12</sup>: «La congestión produce, por de pronto, el efecto más negativo e importante: la lentitud, el retraso. Y este fomenta el pleito de mala fe, el pleito para ganar tiempo y retardar la decisión ... incide

---

<sup>9</sup> Tal como ha señalado TORNOS MAS «el administrado comienza a experimentar una sensación de frustración cuando debe acudir a solicitar el auxilio del juez». En *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos*. RAP, nº 136. 1995. Pág. 150. PÉREZ MORENO afirma rotundamente: «Grave es la crisis de la Ley. Pero demoledor resulta el anquilosamiento del sistema de satisfacción de la tutela judicial que impide su efectividad. Está en la mente de todos que una justicia tan demorada está cercana a una denegación de justicia. Los años se acumulan sobre los procesos contencioso-administrativos que siguen en constante incremento ... La primera consecuencia de esa masificación y demora de los procesos ha sido la caída de la jurisprudencia. Sentencias breves y tardías no siempre elaboradas por especialistas, no contribuyen al buen control jurisdiccional de las Administraciones Públicas». *Justicia Administrativa y fórmulas alternativas*. RAAP, nº 49. 2003. Págs. 12 y 13.

<sup>10</sup> Sánchez Morón, Miguel; *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. págs. 104 y 105.

<sup>11</sup> La propia LJCA en su Exposición de Motivos reconoce que la ejecución de sentencias ha venido siendo desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo. Véanse las razonadas críticas que sobre la dificultad de ejecutar las sentencias condenatorias de la Administración realiza el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA. En *Hacia una nueva Justicia Administrativa*. Op. cit. págs. 154 a 156. Véanse también García de Enterría, Eduardo; *La transformación del Contencioso-Administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias*. REDA, nº 68. 1990. Págs. 593 a 612. VV.AA.; *La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*. DA, nº 209 (Monográfico). 1987. Borrajo Iniesta, Ignacio; *Las facultades de los tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones Públicas*. REDA, nº 53. 1987. Págs. 69 a 96. Beltrán de Felipe, Miguel; *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Civitas. Madrid, 1995. Téngase en cuenta la nota 220. Sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas véanse, entre otros, Ortega Álvarez, Luis; *La ejecución de sentencias*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dirs.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Lex Nova. 2ª Edición. Valladolid, 2001. Págs. 499 a 523. Tornos Mas, Joaquín; *Ejecución de sentencias favorables a la Administración y medidas cautelares*. JA, nº 15. 2002. Págs. 23 a 39. Martínez de Pisón Aparicio, Íñigo; *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*. Civitas. Madrid, 1999. Pérez Andrés, Antonio Alfonso; *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2000.

<sup>12</sup> En *Leyes Administrativas*. 9ª Edición. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2003. Pág. 1383.

también negativamente en la calidad de la jurisprudencia condenados como están los Tribunales a despachar muchos asuntos y, por ello, al examen rápido y a veces superficial de los temas, lo cual produce en ocasiones fallos apresurados, ligeramente fundados, sin responder a las alegaciones de las partes o basados directamente en principios generales o incluso en la equidad ... Todo ello produce inseguridad, acentuada por el hecho de que la aceleración normativa implica tener que enfrentarse con urgencia a temas nuevos, a interpretaciones no contrastadas y sin antecedentes jurisprudenciales». La consecuencia de todo lo anterior la ilustra claramente MARTÍN MATEO<sup>13</sup>: «Una sentencia tardía perpetúa a menudo los agravios pendientes, frecuentemente adiciona perjuicios, al final el fallo resulta inútil, aunque eso sí, hay que pagar unas costas y gastos de asistencia jurídica para nada. En el ámbito administrativo las situaciones consolidadas por el paso del tiempo suelen ser materialmente irreversibles y los daños difíciles de evaluar en dinero, por lo que es preferible desistir, renunciar al juicio, porque si hay por delante un horizonte de años, el fallo está ya anticipado: tarde es igual a mal y nunca». Por tanto, la desalentadora situación de la Justicia Administrativa, consecuencia en buena parte de su alto coste y de la enorme duración de los procesos, provoca en numerosas ocasiones la renuncia por los afectados al ejercicio de la vía judicial, por lo que la tutela judicial a la que tienen derecho todas las personas (art. 24.1 C.E.) deja de ser efectiva<sup>14</sup>. Así lo ha reconocido la Exposición de Motivos de la LJCA

---

<sup>13</sup> En el Prólogo al libro de Juan ROSA MORENO *El arbitraje administrativo*. McGraw-Hill. Madrid, 1998. Pág. XVIII. El trabajo del Profesor ROSA fue comentado por quien escribe estas líneas en el número 104 de la REDA. Págs. 681 a 685.

<sup>14</sup> De acuerdo con CHINCHILLA MARÍN, «el principal obstáculo de la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos es el simple transcurso del tiempo. Es evidente que si la tutela llega tarde no es efectiva». *La tutela cautelar*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dirs.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 587. Para MARTÍN MATEO la lentitud de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España da lugar a una auténtica denegación de Justicia. En *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 104. Este autor reconoce que esta situación contradice el mandato del art. 24 C.E. que obliga a los Juzgados y Tribunales a tutelar de forma efectiva el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, garantizando a todos el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Las SSTC 26/1983, de 13 de abril, y 324/1994, de 1 de diciembre, reconocen que «una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva». Las SSTC 133/1988, de 4 de julio, 223/1988, de 24 de noviembre, y 35/1994, de 31 de enero, consideran, en relación con la jurisdicción penal, que las dilaciones indebidas violan el derecho reconocido en el art. 24.2 C.E. Véanse también las SSTC 197/1993, de 14 de junio, y 21/1998, de 27 de enero. RIVERO YSERN, en el mismo sentido, señala que «la progresiva degradación de la Administración de Justicia en nuestro país es un hecho que no precisa ya de la estadística para ser admitido. El principio de tutela judicial

al recordar que «es evidente que una justicia tardía o la meramente cautelar no satisfacen el derecho que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución»<sup>15</sup>.

Hay que destacar que, en los últimos años<sup>16</sup>, la cada vez mayor dilación de los procesos ha obligado a prestar una especial atención a las medidas procesales de naturaleza cautelar<sup>17</sup>, pero lo que en realidad interesa facilitar es la solución definitiva

---

efectiva y con él las propias bases del Estado de Derecho están hoy en tela de juicio en nuestro Derecho ante un sistema de Administración de Justicia cuya lentitud e ineficacia vulnera los más elementales derechos de los ciudadanos además de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos relativa a un proceso sin dilaciones indebidas. La jurisdicción contencioso-administrativa en la que me honro de haber trabajado durante tres años no es una excepción a esta crítica ... El resultado en cualquier caso de todo este proceso es una clara desconfianza del ciudadano en su Administración de Justicia y la frecuente búsqueda de soluciones alternativas, extrajudiciales, de solución de conflictos acudiendo a medios sustitutivos del recurso administrativo o contencioso-administrativo». En *Las funciones del Defensor del Pueblo en orden a la Resolución extrajudicial de conflictos con la administración Pública*. RAAP, n° 34. 1999. Pág. 84. También CANAL MUÑOZ e IBÁÑEZ BUÍL han constatado que «hoy en día, existe unanimidad en señalar la crisis de este sistema de justicia administrativa, colapsado como consecuencia del ingente número de conflictos administrativos recurridos en vía judicial. Esta circunstancia ha provocado importantes retrasos en la resolución de los procesos judiciales hasta el punto de producirse en ocasiones la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como señala reiteradamente el Tribunal Constitucional, este derecho exige que el procedimiento judicial se desarrolle en un plazo razonable». *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Actualidad Administrativa, n° 13. 2000. Pág. 471.

<sup>15</sup> El Prof. SANTAMARÍA PASTOR, en el seno de los trabajos realizados por el Grupo de Expertos para el Estudio de las Principales Líneas de Reforma de las Administraciones Públicas (Orden APU/1014/2003, de 25 de abril), constata que «la producción de sentencias que, en una gran parte, poseen valor puramente histórico, o que se dictan cuando los intereses de todas las partes han experimentado cambios sustanciales, constituye un factor muy serio de deslegitimación del sistema de tutela judicial contenciosa, cuya utilidad se encuentra francamente puesta en cuestión ... La perspectiva de que un litigio sólo se resolverá después de un exagerado lapso temporal, cuando el responsable político de la decisión impugnada no se encuentre en el desempeño de su cargo, constituye un medio de presión insoportable para que una importante cuota de ciudadanos avenga a aceptar resignadamente la decisión administrativa, por más que la considere ilegal, y una invitación igualmente irresistible para actuar, si el interés público así lo demanda, al margen de la legalidad». *Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*. En Sainz Moreno, Fernando, (Dir.); *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP. Madrid, 2004. Págs. 195 y 196.

<sup>16</sup> Esta situación ya se había producido anteriormente en Francia. García de Enterría, Eduardo; *La reacción del contencioso-francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas*. REDA, n° 60. 1988. Págs. 501 a 506.

<sup>17</sup> Sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo pueden verse, entre otros, Manuel Campos Sánchez-Bordona (Dir); *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1999. Chinchilla Marín, Carmen; *La tutela cautelar en la nueva Justicia Administrativa*. Civitas. Madrid, 1991. *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. RAP, n° 131. 1993. Págs. 167 a 189. *La tutela cautelar*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. págs. 587 a 640. García de Enterría, Eduardo; *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 2004. *Observaciones sobre la tutela cautelar en la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*. RAP, n° 151. 2000. Págs. 251 a 277. Bacigalupo Saggese, Mariano; *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo (antecedentes,*

del problema<sup>18</sup>, para lo que resulta necesario avanzar en la puesta en práctica de otros medios de solución de conflictos alternativos o complementarios a la vía judicial. Así lo reconocía el propio Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre la panorámica de la Justicia durante el 2001<sup>19</sup> cuando, refiriéndose al conjunto de las jurisdicciones, manifestaba: «Ahora bien, lo dicho antes no debe hacernos olvidar que cualquier propuesta de reforma judicial que pretenda hacer que la justicia sea más ágil y eficaz, evitando las dilaciones innecesarias, debe plantearse reducir el número de litigios que llegan indebidamente a los tribunales -tanto porque existen otros mecanismos para resolverlos como porque su entidad no justifica el gasto social en el que se incurre- mediante el impulso de formas alternativas de resolución de conflictos, como el arbitraje, la mediación y la conciliación. En esta dirección, el reciente Pacto para la Reforma de la Justicia da los primeros pasos para la identificación de estas posibilidades de mejora».

La credibilidad y la imagen de la Justicia y en concreto de la Contencioso-Administrativa se ha deteriorado mucho por diversas razones<sup>20</sup>. Dejando a un lado diversos escándalos que han salido a la opinión pública, es crítica general su falta de eficacia para solucionar muchos asuntos, bien porque las resoluciones no llegan a tiempo o bien porque directa o indirectamente se elude su cumplimiento. Además los ciudadanos temen soportar unos costes elevados y un proceso excesivamente largo.

---

*alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998*). Marcial Pons. Madrid, 1999.

<sup>18</sup> Ya apuntó SÁNCHEZ MORÓN que puede «llegarse a una situación en la que una especie de “justicia de urgencia” reemplace a la “justicia definitiva” y que «lo decisivo no está en las reformas legales que permitan generalizar las medidas provisionales o que creen procesos de urgencia o de naturaleza cautelar ... Lo importante es asegurar que la justicia administrativa se imparta pronto y bien, mediante reformas organizativas, la descarga de trabajo de los Tribunales y la formación adecuada de los Jueces». *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. págs. 116 y 117.

<sup>19</sup> [www.poderjudicial.es/organosjudiciales/](http://www.poderjudicial.es/organosjudiciales/).

<sup>20</sup> Para intentar cambiar esta tendencia y mejorar la imagen de la Administración de Justicia en la ciudadanía, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de 9 de abril de 2003, procedió a la creación de un puesto de trabajo eventual de Asesor de Imagen de la Justicia. Personalmente, considero que esta actuación formal apenas va a incidir sobre el fondo del problema. Habrá que realizar importantes esfuerzos para hacer nuestra Justicia, y en concreto la Administrativa, mucho más práctica y útil.

## **B) LÍNEAS DE MEJORA DE NUESTRA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.**

El número de procesos que invaden los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es excesivo. Ello refleja el enorme aumento de las relaciones administrativas, pero también una creciente falta de relación entre las partes. Hay que intentar superar este creciente antagonismo. Asimismo, los poderes públicos tienen que seguir trabajando en la disminución de la enorme litigiosidad administrativa. Aunque nuestro estudio se centrará posteriormente en analizar otros medios que pretenden ofrecer una alternativa más para la solución de conflictos administrativos, complementando así a la vía jurisdiccional, para mejorar el funcionamiento de nuestro sistema de Justicia Administrativa debe seguirse avanzando, entre otros, en los siguientes aspectos<sup>21</sup>:

### **a) El procedimiento de elaboración de normas jurídicas garantizando la participación de los intereses afectados.**

El elevado número de disposiciones que se dictan por los distintos Parlamentos y Administraciones, con cierto desorden y excesiva rapidez (puesto que en muchos casos se producen duplicaciones innecesarias e indeterminaciones sobre su vigencia o ámbito de aplicación, e, incluso, se desconocen por sus principales aplicadores), no sólo perjudica la seguridad jurídica y la estabilidad normativa, sino que, en muchas ocasiones, da lugar a un importante número de litigios en los Tribunales. Cada vez más se viene reclamando<sup>22</sup> una reducción del ingente número de disposiciones, una elaboración de las

---

<sup>21</sup> No obstante, lo primero que debe mejorarse es el propio funcionamiento de las Administraciones Públicas, en ocasiones un tanto asentado en el pasado. Como acertadamente afirma MARTÍN REBOLLO, la jurisdicción difícilmente puede obligar a las Administraciones Públicas «a funcionar bien o a mejorar el funcionamiento y la prestación de muchos de los servicios públicos que aquéllas tienen encomendados. Pues, en efecto, el contencioso no sirve para hacer más rápido el correo, más fluida la sanidad, menos masificada la educación universitaria, más amables a los funcionarios. Para eso hacen falta técnicas organizativas, incentivos y talentos personales que ni crea ni puede crear una Ley o un proceso». En *Leyes Administrativas*. Op. cit. pág. 1392.

<sup>22</sup> Véase, entre otros, Santamaría Pastor, Juan Alfonso; *La Administración como poder regulador*. En Sainz Moreno, Fernando, (Dir.); *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP. Madrid, 2004. Págs. 375 a 445.

normas más meditada, sencilla, concreta y de calidad, y la refundición o codificación (en casos de conjuntos normativos importantes como ocurre en Francia) de aquellos textos que afectan a una misma realidad jurídica.

Ahora bien, consideramos que también los principales destinatarios de las normas deben intervenir activamente en su elaboración, no sólo porque aporten conocimientos prácticos objeto del sector de regulación, sino porque ello facilitará el cumplimiento de la norma, lo que reducirá su conflictividad, aunque en estas ocasiones el legislador no debe perder de vista la satisfacción del interés general como objetivo principal de su actuación. Ya hemos visto como en los Estados Unidos existe una regulación legal de estas prácticas participativas (*Negotiated Rulemaking Act*) y sus positivos resultados de cara a la reducción de la litigiosidad en determinados sectores de la actividad pública. En nuestro país, el artículo 87.3 C.E. permite la iniciativa legislativa popular y el artículo 105 C.E. establece que las leyes “deberán regular la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”. Paulatinamente, se han ido introduciendo mecanismos participativos en la elaboración de normas jurídico-administrativas. Así, por ejemplo, en el caso de los planes urbanísticos, tras un periodo de audiencia a los organismos y sectores más representativos y después de haber aprobado inicialmente el proyecto, se produce un importante periodo de información pública. Ello también tiene lugar en la elaboración de los instrumentos de Ordenación del Territorio de una Comunidad Autónoma. Más recientemente, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización de la Administración Local, inspirándose en la Recomendación 19/2001, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, intenta hacer efectiva la participación ciudadana favoreciendo la introducción de iniciativas de los vecinos, que pueden dar lugar, incluso, a consultas populares<sup>23</sup>. Ahora bien, los resultados de esta participación deben ser reales y no se puede utilizar este importante trámite para introducir determinados contenidos

---

<sup>23</sup> Véase la Exposición de Motivos de la citada Ley y el art. 70.bis LBRL.

que reflejen intereses particulares de los representantes políticos u órganos administrativos que han de aprobar la norma.

### **b) El sistema de Justicia Contencioso-Administrativa.**

Con la entrada en vigor de la LJCA se han venido a implantar en nuestro sistema contencioso-administrativo importantes novedades que, sin duda, han contribuido a mejorar el funcionamiento de nuestra Justicia Administrativa<sup>24</sup>. Así se han puesto en funcionamiento, con acierto, los Juzgados y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, órganos judiciales más accesibles y económicos para los ciudadanos, que han venido a descargar de un importante número de asuntos de pequeña cuantía a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, permitiendo, al mismo tiempo, la defensa de derechos a los que antes los particulares renunciaban directamente. Por otra parte, se han mejorado los procedimientos, buscando conciliar las garantías de eficacia y celeridad del proceso con las de defensa de las partes. Destaca la creación del procedimiento abreviado, mucho más rápido, cuya experiencia práctica ha sido muy positiva, y la posibilidad en determinados casos de iniciar el recurso directamente por demanda. También se ha regulado con detalle el sistema de medidas cautelares, permitiendo la adopción de todas aquellas decisiones que sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. La nueva Ley pretende una mayor colaboración de la Administración, garantizando la pronta y completa remisión del expediente administrativo al órgano judicial e incrementando las garantías de ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales. Para evitar nuevos pleitos, se permite la

---

<sup>24</sup> De todas ellas da cuenta, entre otros muchos, el libro colectivo dirigido por los Profs. LEGUINA VILLA Y SÁNCHEZ MORÓN *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Lex Nova. 2ª Edición. Valladolid, 2001. Véanse también el número extraordinario de la revista *Justicia Administrativa*, correspondiente a 1999 sobre *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* y el número 100 de la *Revista Española de Derecho Administrativo* titulado *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Un breve comentario general se puede encontrar en Sánchez Morón, Miguel; *Sobre la situación de la Justicia Administrativa en los albores del Siglo XXI*. Op. cit. págs. 315 a 321.

acumulación en un solo proceso de las pretensiones que se refieran a distintos actos, disposiciones o actuaciones cuando exista entre ellos conexión directa, inclusive si son varios los recurrentes, (arts. 34 a 39 LJCA). Con este mismo fin se han introducido los supuestos de casos-testigo en los artículos 37.2 y 111 LJCA. En determinadas circunstancias, el artículo 110 LJCA permite ampliar a otras personas los efectos de una sentencia firme, dictada en materia tributaria o de personal, que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada. Debemos subrayar especialmente como, en los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal puede proponer a las partes, ya sea por su propia iniciativa o a solicitud de alguna de ellas, la posibilidad de fijar los hechos o alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, lo que podrá llevarse a cabo en tanto el pleito no se declare concluido para sentencia, (art. 77 LJCA). Posteriormente analizaremos esta importante novedad, poco utilizada de momento en el Orden Contencioso-Administrativo, pese al interés de la Ley, como indica su Exposición de Motivos, por esta forma de terminación del procedimiento dotada de la misma fuerza de ejecución forzosa que la sentencia. Finalmente, los artículos 44 y 46.6 LJCA, en relación con los enfrentamientos entre Administraciones Públicas, permite a éstas potestativamente, cuando vayan a interponer un recurso contencioso-administrativo, realizar un requerimiento previo con anterioridad a la otra parte para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada. Este trámite del requerimiento previo (previsto en el artículo 65 de la LBRL en el ámbito de la Administración Local, y en el artículo 63 LOTC en relación con los conflictos constitucionales entre Estado y Comunidades Autónomas) supone, como indicó la STS de 31 de diciembre de 2001 (Ar. 10129), un mecanismo facultativo de concertación y entendimiento entre Administraciones Públicas para evitar litigios, conforme al clima de coordinación que es principio general de las relaciones entre todas ellas (art. 103.1 C.E.).

Igualmente, en los últimos años se ha producido un importante esfuerzo por mejorar los medios personales y, especialmente, materiales de la Administración. Sin



embargo, el relativo aumento del número de Jueces, Magistrados y personal de apoyo no ha sido proporcional al número de recursos presentados y, lo que es más importante, no ha llevado consigo una mejor formación y especialización de todos los integrantes del Orden Contencioso-Administrativo<sup>25</sup>. De forma paralela se ha producido una inversión considerable en nuevas instalaciones, medios informáticos e incluso sistemas de videoconferencia, que agilizan y mejoran el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, aunque muchos órganos judiciales carecen todavía de una dotación adecuada.

No obstante, aún queda mucho por hacer<sup>26</sup>. Resulta conveniente introducir o mejorar en todos los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los sistemas de filtro que eviten el acceso a la Justicia de aquellos recursos que carezcan manifiestamente de fundamento. Del mismo modo, debe seguirse trabajando en la adopción de medidas que impidan ciertas prácticas dilatorias tanto del proceso judicial como de la ejecución final de la resolución. Por ello, los órganos judiciales tendrían que realizar la imposición de costas con mayor rigor, con el fin de evitar aquellos recursos injustificados que sólo buscan retrasar la solución final del litigio. El legislador podría regular, incluso, la imposición de sanciones económicas a aquellos que utilizasen la Administración de Justicia con temeridad o con mala fe para dilatar más el proceso o

---

<sup>25</sup> En este sentido SÁNCHEZ MORÓN considera necesario «un incremento continuado del esfuerzo presupuestario para dotar de nuevos órganos a la jurisdicción, así como de un número superior de Jueces y Magistrados y de personal de apoyo. Además, dicho incremento de efectivos debe realizarse sin perjuicio de la necesaria solidez de la formación de los nuevos jueces y sin merma alguna de su nivel de especialización en Derecho Administrativo, que resulta esencial para garantizar no sólo una justicia ágil y rápida, sino también de calidad». *El control jurisdiccional. La jurisdicción contencioso-administrativa*. En Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (Dir.) y Calvo Charro, María (Coord.); *La Administración Pública Española*. INAP. Madrid, 2002. Pág. 796. La falta de formación de los órganos judiciales contencioso-administrativos viene siendo apuntada por muchos autores desde hace tiempo. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA los Jueces contencioso-administrativos deben ser «perfectos conocedores del Derecho Público y de sus técnicas y no simplemente hombres con una vaga formación y animados de buena voluntad ... Un Juez contencioso-administrativo tiene, necesariamente, que ser un experto en Derecho Administrativo para que no traspase la línea de legitimidad de actuación de los poderes, entre ellos de su propio poder judicial». En *Hacia una nueva Justicia Administrativa*. Op. cit. pág. 153. Véase la nota 71.

<sup>26</sup> Sobre las insuficiencias del control jurisdiccional y sus líneas de mejora véase por su carácter general Santamaría Pastor, Juan Alfonso; *Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*. Op. cit. págs. 193 a 202.

entorpecer la labor de los Tribunales<sup>27</sup>. Además, hay que continuar estudiando medidas que agilicen los procedimientos, buscando una simplificación de trámites y una reducción de plazos sin reducir el derecho de todos a un proceso público con todas las garantías que no produzca indefensión (art. 24 C.E.). Es necesario buscar una mayor rapidez en la práctica de pruebas periciales o testificales, y debe facilitarse a los ciudadanos la comprensión de las comunicaciones, simplificando y haciendo más sencillo el lenguaje utilizado. Por último, a la luz de la experiencia existente podría pensarse en la ampliación del procedimiento abreviado a otros supuestos no previstos en el artículo 78 LJCA.

### **c) El procedimiento administrativo.**

El cauce seguido por la Administración para llevar a cabo su actividad es sumamente importante de cara a aumentar o disminuir la litigiosidad administrativa. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, contiene la regulación de los aspectos básicos del procedimiento administrativo. Esta norma sufrió una importante modificación con la Ley 4/1999, de 13 de enero, que vino a mejorar algunos de sus contenidos, a simplificar los procedimientos y a aumentar las garantías de los administrados. Entre otros, se regularon los convenios de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas, se perfeccionó el régimen del silencio administrativo (obligando a la Administración a resolver expresamente y suprimiendo la obligación de obtener la certificación de acto presunto para hacer efectivos los efectos del silencio), y se recuperó el recurso de reposición con carácter potestativo como pequeño filtro a la jurisdicción. Sin embargo, la Administración sigue abusando de la vía del silencio y, también desde hace tiempo, los recursos administrativos se han convertido en una técnica dilatoria de la Administración, que desestima casi sistemáticamente todos los planteados frente a sus

---

<sup>27</sup> Esto último ya fue propuesto por SÁNCHEZ MORÓN en *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. pág. 136.

actos, para entorpecer el acceso a la Justicia Contencioso-Administrativa<sup>28</sup>. Por ello sería conveniente revitalizar los recursos administrativos tradicionales garantizando su examen efectivo por parte de las Administraciones Públicas, como se está intentando llevar a cabo en Francia<sup>29</sup>. Con su examen efectivo y objetivo, estos recursos terminarían por cumplir su verdadera función de garantía, especialmente para aquellos que por razones económicas descartan la vía judicial, y dejarían de constituir un obstáculo para acceder al control judicial<sup>30</sup>. Como más adelante veremos, en este ámbito es fundamental la

---

<sup>28</sup> Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001. Pág. 200. Para este autor, tal actitud supone un grave incumplimiento del artículo 103.1 C.E., que impone a la Administración el deber de servir con objetividad y eficacia los intereses generales. También resultan ilustrativas las palabras del Prof. SANTAMARÍA PASTOR, quien ha constatado que «los recursos administrativos son, por el despreciable porcentaje de estimaciones a que dan lugar, un mecanismo inoperante para dar respuesta a la alta -y constantemente creciente- conflictividad que genera su actividad: antes bien, la incrementan por la lógica irritación que produce la necesidad de apurar un trámite que se sabe de antemano inoperante. De esta forma, la conflictividad se traslada íntegramente al orden jurisdiccional contencioso sin filtro ni depuración alguna, siendo notorio que la estructura de personal de dicho orden jurisdiccional es manifiestamente insuficiente para absorber la masa de procesos que se incoan anualmente, hasta el punto de que su fallo puede demorarse hoy cinco o más años en una sola instancia de manera enteramente normal». *Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 183. En sentido parecido TORNOS MAS precisa: «La crítica acertada al recurso administrativo se refiere a un recurso que se plantea y resuelve por la propia Administración autora del acto, sin participación externa alguna y que, en la mayoría de los casos, se “resuelve” por la vía del silencio. Desde esta perspectiva, el recurso puede llegar a concebirse como una carga impuesta al administrado en su deseo de acceder a la justicia». *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*. Op. cit. pág. 208. ARAGONÉS BELTRÁN considera fundamental un autocontrol administrativo efectivo, eliminando de una vez por todas la inactividad administrativa en la resolución de los recursos, y entiende «que la obligatoriedad o no de la vía administrativa previa no resulta el dato decisivo, sino la propia eficacia de la misma». *Resolución de recursos en el ámbito tributario local: autocontrol jurídico y vía administrativa previa*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996. Págs. 252 a 254. Finalmente, MARTÍN REBOLLO señala que las Administraciones Públicas «utilizan perversamente en ocasiones esta situación para no resolver o para enviar al administrado al recurso a sabiendas de que lo va a ganar ... dentro de algunos años, perpetuando así un talante y unos comportamientos inerciales difícilmente compatibles con los que deben imperar desde planteamientos constitucionales, teniendo en cuenta que es en la eficaz y correcta actuación de esas Administraciones -y no sólo en el proceso- donde se halla la garantía para una gran mayoría de los ciudadanos». En *Leyes Administrativas*. Op. cit. pág. 1383. Véanse también Tornos Mas, Joaquín; *Vía previa y garantías de los administrados*. En *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Vol. I. Civitas. Madrid, 1993. Págs. 647 a 658. *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos ...* Op. cit. págs. 161 a 169. Sánchez Morón, Miguel; *Recursos Administrativos*. En Sánchez Morón, Miguel y Leguina Villa, Jesús (Dirs.); *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993. Págs. 321 y 322. Urda Aiguacil, Antonio; *Informe: “Inspección Operativa de Servicios sobre procedimientos de resolución de recursos administrativos”*. DA, nº 221. 1990. Págs. 157 a 172.

<sup>29</sup> Véase el epígrafe A) del Capítulo II de la Segunda Parte.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ MORÓN ha manifestado que «en sí misma, la vía administrativa previa de recurso es admisible en nuestro Derecho, siempre que obedezca a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que no suponga un obstáculo carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente pueda perseguir el legislador ... La vía administrativa previa encuentra su sentido

intervención de órganos especializados e independientes de control (art. 107.2 LRJ-PAC), en particular en asuntos técnicamente complejos.

Debemos señalar especialmente la importancia que tienen los acuerdos entre ciudadanos y Administración para llegar a la resolución final de los procedimientos administrativos, en lugar de su conclusión por una decisión administrativa unilateral. Con ello se facilita su cumplimiento y se previene el litigio, evitándose el recurso judicial. Normalmente, estas fórmulas de composición de intereses<sup>31</sup> tienen una naturaleza convencional<sup>32</sup> y persiguen la búsqueda de una decisión administrativa que

---

institucional adecuado si constituye también una forma de garantía de los derechos e intereses legítimos de los particulares, sencilla y efectiva, de manera que ahorre la necesidad del proceso judicial, que suele ser lento y costoso, contribuyendo de paso a reducir la avalancha de recursos contencioso-administrativos». *Recursos Administrativos*. En Sánchez Morón, Miguel y Leguina Villa, Jesús (Dir.); *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. pág. 322. SANTAMARÍA PASTOR entiende que la interposición obligatoria y la necesidad de esperar un prolongado periodo de tiempo en los casos de silencio suponen, en estos momentos, un obstáculo grave a la tutela judicial. Por ello propone reducir a uno los dos actuales recursos ordinarios (resueltos en todo caso por el mismo órgano) y conferirle un carácter potestativo. También propone sustituir la actual configuración de la vía de recurso por una vía potestativa ante órganos especializados e imparciales insistiendo en la necesidad de desarrollar el art. 107.2 LRJ-PAC. *Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*. Op. cit. págs. 184 a 187. Véase también Tornos Mas, Joaquín; *Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local*. En Font i Llovet, Tomás (Dir.); *Anuario del Gobierno Local, 1995*. Diputación de Barcelona. Madrid, 1995. Págs. 86 a 91. Peman Gavín, Juan; *Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial (a propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 11 de enero de 1991, nº 15)*. RAP, nº 127. 1992. Pág. 145 a 169.

<sup>31</sup> Para TORNOS MAS «se supera la visión del Estado como entidad separada de la sociedad, que se relaciona con la misma a través de actos de autoridad unilaterales y se avanza hacia una concepción integrada del Estado y la sociedad en la que se acuerda, pacta o contrata el ejercicio mismo del poder ... En definitiva, el recurso a un modo convencional de administrar puede concebirse también como un modo de incrementar las garantías del administrado». En *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. págs. 155 y 156. También PAREJO ALFONSO considera que existe una «creciente disposición de la Administración a hacer participar al ciudadano en la tarea de ejecución y aplicación de la Ley». *Eficacia y Administración. Tres estudios*. INAP. Madrid, 1995. Pág. 163. Por ello, en la actualidad, existe una preferencia por las formas de actuación administrativa de naturaleza negocial, convencional, acordada con los interesados, «que está desplazando el interés dogmático desde el acto administrativo al procedimiento, como sede para la búsqueda de la solución no ya más correcta en Derecho, no sólo más favorable para el interés general, sino también más viable y aceptable por sus destinatarios». Sánchez Morón, Miguel; *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. En Sánchez Morón, Miguel, Trayter Jiménez, Juan Manuel y Sánchez Blanco, Ángel; *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. IVAP. Oñati, 1995. Pág. 12.

<sup>32</sup> DELGADO PIQUERAS considera que estas figuras pertenecen «a un mismo género institucional: el contrato», por lo que a falta de normas especiales complementarias, el artículo 88 LRJ-PAC, debe completarse con las reglas de la propia Ley 30/1992, y, «en su defecto y por este orden, la LCE, el Derecho administrativo y, en último término, las disposiciones generales del Código civil en materia de obligaciones y contratos». Sin embargo, el propio autor reconoce que «no parece que pueda operarse una traslación mecánica sin más de los preceptos de la LCE a la figura de la terminación convencional». En *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Aranzadi. Pamplona, 1995. Págs. 171, 177, 179, 180 y 182. BUSTILLO BOLADO califica los acuerdos anteriores como

sea satisfactoria tanto para la Administración como para los particulares que son destinatarios del acto. Con ello se ahorran esfuerzos administrativos, se previenen conflictos futuros y se mejora la aceptación social de la actividad administrativa<sup>33</sup>. Su fundamento se encuentra en el derecho de todos los ciudadanos a participar directamente

---

convenios contractuales o "contratos cuya finalidad sea administrar" y los encuadra en el régimen jurídico de la LCAP. Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 170, 171, 247. Personalmente considero que estamos ante figuras de naturaleza convencional -o contractual si se quiere pero desde un sentido amplio de contrato entendido como negocio jurídico bilateral- cuyo cumplimiento resulta exigible ante los Tribunales. No resulta, por tanto, directamente aplicable, la regulación de la LCAP, sino sólo con carácter supletorio y en la medida en que no resulte incompatible con el carácter paccionado de la actuación administrativa. A la inversa, los acuerdos de voluntades que tengan por objeto alguno de los típicos contratos administrativos deberán someterse al régimen de la LCAP (Disp. Adic. 4ª LCAP). Para evitar cualquier posible confusión el Prof. PAREJO ALFONSO propone la expresión "acuerdo administrativo consensual" para denominar los modos de terminación convencional del procedimiento, que constituyen «una forma alternativa de desarrollo de la actividad administrativa unilateral» lo que supone «un ejercicio de las potestades administrativas acordado o consensuado con las partes en el procedimiento administrativo, lo que vale decir una determinación última acordada o consensuada del Derecho en el caso concreto ... De esta suerte, la determinación del Derecho (público) en el caso concreto (por referencia a un supuesto fáctico) atribuida a la Administración pública a través de la actividad/actuación de que hablan los artículos 103.1 y 106.1 CE puede cumplirse hoy, en principio, a través tanto del acto administrativo, como del acuerdo administrativo». En *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Op. cit. págs. 171 y 172. Son también de interés las reflexiones que el Prof. PAREJO realiza a la hora de distinguir estos acuerdos consensuales de los contratos de las Administraciones Públicas. *El artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. págs. 34 a 41. SÁNCHEZ MORÓN diferencia los contratos de las Administraciones Públicas de la terminación convencional, que considera un negocio bilateral. Los primeros, regulados en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, son instrumentos mediante los que aquéllas realizan obras y servicios, o se dotan de personal, de suministros, o de otros bienes y servicios necesarios para sus actividades. «En estos casos la Administración recurre a las figuras contractuales, puesto que carece de la potestad (en términos generales) de imponer a los particulares decisiones ejecutivas para conseguir sus fines. Distinto es el supuesto en que la Administración tiene potestad legal de adoptar por sí misma una resolución, pero prefiere concertar con los destinatarios su contenido o sus condiciones de aplicación o algunos aspectos de su tramitación, o inclusive sustituirla por un verdadero acuerdo. A este supuesto es al que se refiere típicamente la llamada terminación convencional del procedimiento». En *La terminación convencional de los procedimientos administrativos*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 80. Finalmente, DE PALMA DEL TESO adopta la expresión "acuerdo procedimental" para hacer referencia «a todos aquellos negocios jurídicos que la Administración y los interesados pueden celebrar en el marco del procedimiento a través del que se actúa una concreta potestad». *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 245 a 250. Véanse también las páginas 319 a 322 del presente trabajo.

<sup>33</sup> Véase, en referencia al ordenamiento alemán, Würtenberger, Thomas; *Aceptación a través del procedimiento administrativo*. DA, nº 235-236. 1993. Págs. 313 a 333. DE PALMA DEL TESO considera, con acierto, que «el acuerdo procedimental es expresión de la confrontación y composición de los intereses participantes. Por ello, garantiza en mayor medida que la decisión que se adopta es la más conveniente y aceptable por los interesados y, por ello, la más racional. El recurso a fórmulas convencionales se muestra más eficaz que la actuación unilateral como vía para lograr -además de la corrección material de la decisión- que los interesados acepten su contenido ... Por otra parte, el ejercicio paccionado de la discrecionalidad supone una menor conflictividad. De no conseguirse la aceptación de la decisión podría desembocarse en un largo y costoso proceso judicial». En *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 39 a 41. CANAL MUÑOZ e IBÁÑEZ BUÍL comparten esta idea al defender que «si se permitiese a los ciudadanos participar en la definición de los intereses generales, éstos asumirán las actuaciones administrativas como propias y los índices de conflictividad se reducirán drásticamente lo que conllevaría una importante mejora del nivel de satisfacción de los usuarios de los servicios públicos y de la calidad de los mismos». En *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 471.

en los asuntos públicos (artículos 9.2 y 23.1 C.E.) y en particular en el procedimiento administrativo (arts. 105.c) C.E. y 3.5 LRJ-PAC)<sup>34</sup>, buscando al mismo tiempo la máxima eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 C.E.)<sup>35</sup>. En consecuencia, los poderes públicos deben facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social (art. 9.2 C.E.). Por su interés y su relación indirecta con el tema central de este trabajo debemos destacar, entre las numerosas referencias legales existentes, los siguientes supuestos de actividad administrativa convencional<sup>36</sup>:

- En primer lugar, hay que subrayar el tratamiento general que el artículo 88 LJR-PAC da a la terminación convencional del procedimiento administrativo. Los órganos competentes de las Administraciones Públicas pueden celebrar con personas tanto de Derecho Público como Privado, que tengan interés y sean parte en el procedimiento, acuerdos, pactos, convenios o contratos sobre materias susceptibles de transacción. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se suspenderá desde que se declare formalmente el inicio de las negociaciones dirigidas a la realización de estos pactos o convenios, hasta su conclusión sin efecto, lo que habrá de constar mediante declaración formulada por la Administración o los interesados, (art. 42.5 LRJ-PAC). Estos convenios deberán respetar el ordenamiento

---

<sup>34</sup> Al respecto véase Delgado Piqueras, Francisco; *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Op. cit. págs. 157 a 164. Sobre el principio de participación ciudadana pueden verse, entre otros muchos, Muñoz Machado, Santiago; *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*. RAP, nº 84. 1977. Págs. 519 a 553. Sánchez Morón, Miguel; *El principio de participación en la Constitución Española*. RAP, nº 89. 1979. Págs. 171 a 205. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980. Parejo Alfonso, Luciano; *La participación en el Estado social*. Actualidad Administrativa, nº 5. Vol. I. 1987. Págs. 225 a 239. Cierco Seira, Cesar; *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2002.

<sup>35</sup> En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN ha afirmado que «Como otras novedades que el moderno Derecho administrativo aporta, su finalidad engarza con el principio de eficacia (y en este caso también con el de participación), que es esencial a la Administración de nuestros días». En *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. Op. cit. pág. 15.

<sup>36</sup> Un análisis más detallado de las diversas modalidades que contemplan las legislaciones estatal y autonómica puede verse en de Palma del Teso, Ángeles; op. cit.

jurídico<sup>37</sup> y buscar la satisfacción del interés general, pudiendo finalizar el procedimiento o insertarse en él con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. Cuando pongan fin al procedimiento, estos acuerdos, pactos, convenios o contratos agotarán la vía administrativa<sup>38</sup>, -arts. 109.e) LRJ-PAC-, por lo que serán directamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (lo que no debería ser muy habitual al haber trabajado ambas partes en el contenido de la decisión). Salvo previsión en contra, su incumplimiento por el administrado permite a la Administración acudir a la vía de ejecución de los actos administrativos, (arts. 96 a 100 LRJ-PAC)<sup>39</sup>. La regulación básica del régimen de las Administraciones Públicas se cubre con el artículo 88 LRJ-PAC, por lo que podrán existir legislaciones autonómicas de desarrollo. En todo caso, el artículo 88 se remite, en cuanto a su alcance, efectos y régimen jurídico, a disposiciones específicas (que pueden ser de rango reglamentario), por lo que cabe preguntarse si este precepto es directamente aplicable. La doctrina se encuentra dividida en torno a esta cuestión, aunque, personalmente, comparto la opinión de quienes entienden que, en materias de competencia estatal, el artículo 88 LRJ-PAC no precisa normas de desarrollo<sup>40</sup>. La remisión a normas específicas ha de tener por objeto modular

---

<sup>37</sup> En consecuencia no podrán alterar las competencias atribuidas a cualquier órgano administrativo, sea o no parte del procedimiento, ni el régimen de responsabilidades de autoridades y funcionarios por el correcto funcionamiento de los servicios de las Administraciones Públicas (art. 88.4). Como apunta SÁNCHEZ MORÓN «la terminación convencional del procedimiento es un instrumento para la mejor y más rápida satisfacción del interés público, pero no es una vía para relajar el cumplimiento de la legalidad ... la eficacia no puede perseguirse *contra legem*, sino en el marco de la legalidad». En *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. Op. cit. pág. 15.

<sup>38</sup> Para BUSTILLO BOLADO «no se entiende por qué si la resolución unilateral de un asunto concreto no pone fin a la vía administrativa, la terminación convencional del mismo sí la agote. Quizá hubiera sido más adecuado que la terminación convencional siguiera en vía de recurso la misma suerte procedimental establecida legalmente para la resolución unilateral del mismo». En *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. pág. 275. En mi opinión, razones de agilidad procedimental evitan la vía de recurso, puesto que la resolución ha sido fruto de un acuerdo en el que ha intervenido el administrado. No parece lógico, que lo convenido por dos partes se recurra ante sólo una de ellas.

<sup>39</sup> Así lo entiende MESEGUER YEBRA en *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*. Bosch. Barcelona, 2000. Pág. 26.

<sup>40</sup> Delgado Piqueras, Francisco; *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Op. cit. págs. 186 a 189. Este autor se apoya, entre otras razones, en la tramitación parlamentaria del artículo 88, donde fue rechazada, tanto en el Congreso como en el Senado, una enmienda que pretendía exigir una regulación específica para permitir el recurso a la técnica convencional. Con él se muestra de acuerdo PAREJO ALFONSO, quien argumenta cómo el propio legislador sectorial ha recurrido a la técnica convencional sin considerar necesaria una regulación propia del alcance, efectos y régimen jurídico de la misma. Además, PAREJO entiende que si el legislador no ha exigido una

o concretar el procedimiento en función de las características propias de cada materia, pero no tratar de completar la habilitación legal estatal ya claramente efectuada en el artículo 88<sup>41</sup>. La regulación legal resulta suficiente y sus límites quedan definidos, por lo que no se entiende por qué la Ley no podría desplegar su eficacia hasta la introducción por vía reglamentaria de este mecanismo en cada concreto procedimiento administrativo. La falta de un desarrollo normativo estatal y el principio de eficacia administrativa obligan a esta solución, pues, en caso contrario, resulta difícil explicar para qué se redactó dicho precepto. Además, hay que tener en cuenta que la Administración no pierde en ningún momento su capacidad de actuación. En todo caso, lo más importante es que estos acuerdos respeten los límites impuestos por el artículo

---

norma de desarrollo con rango de Ley -lo que sí ha hecho en el art. 107.2 LRJ-PAC- es porque estima que la regulación del artículo 88 es suficiente. En *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Op. cit. págs. 185 a 191. Véase también su argumentación en *El artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. págs. 49 a 55. Igualmente, Ángeles DE PALMA DEL TESO, aunque considera insuficiente el contenido del precepto, apuesta por su eficacia directa, añadiendo que hemos de preguntarnos «qué sentido tendría negar eficacia directa al art. 88 cuando sobre aquella misma materia va a ser posible llegar a un acuerdo en vía judicial». Op. cit. pág. 59. En cambio para MENÉNDEZ REXACH este artículo 88 precisa de un desarrollo normativo, legal o reglamentario, que permita su aplicación práctica. *Procedimientos administrativos: finalización y ejecución*. En Sánchez Morón, Miguel y Leguina Villa, Jesús (Dir.); *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. págs. 263 y 264. También en contra Sánchez Morón, Miguel; *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. Op. cit. pág. 14. *La terminación convencional de los procedimientos administrativos*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. págs. 79 y 80. González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco; *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Tomo II. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 2004. Pág. 2164. García Gómez de Mercado, Francisco; *Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración*. REDA, nº 119. 2003. Pág. 411. Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el art. 88 LRJ-PAC «quiere ser sólo un marco general, susceptible de dar una cobertura legal genérica a este tipo de fórmulas, hasta ahora aisladas, y de estimular su toma en consideración por las normas especiales llamadas a regular procedimientos concretos, normas éstas que serán, por lo tanto, las que decidirán sobre su efectiva implantación y sobre su alcance, efectos y régimen jurídico (“que en cada caso prevea la disposición que lo regule”»». En *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 7ª Edición. Civitas. Madrid, 2000. Pág. 504. BUSTILLO BOLADO no cree que, al margen de la transacción, sea posible con carácter general celebrar convenios sustitutivos o determinantes del contenido de las resoluciones. En *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 269 y 270. Finalmente, HUERGO LORA destaca el insuficiente contenido del art. 88 y entiende que la celebración de acuerdos vinculantes requiere la existencia de normas de desarrollo (salvo que el convenio se condicione a que su contenido sea compatible con el resultado del procedimiento), aunque también critica al legislador por no haber «acertado en absoluto a expresar la *voluntas legislatoris* paladinamente declarada en los trabajos preparatorios, puesto que la redacción finalmente aprobada difícilmente puede recibir una interpretación distinta de la que habría sido procedente si se hubiese aprobado la enmienda dos veces rechazada». En *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Civitas-Universidad de Oviedo. Madrid, 1998. Págs. 397 a 407 y 437.

<sup>41</sup> Para PAREJO ALFONSO el artículo 88.1 LRJ-PAC cumple holgadamente la reserva de Ley en cuanto a la atribución a la Administración Pública de la capacidad para celebrar acuerdos en el contexto de los procedimientos administrativos. En *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Op. cit. pág. 186.



88, es decir que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, intenten satisfacer el interés general y versen sobre materias susceptibles de transacción, cuestión última que en realidad es la más importante y que analizaremos en el Capítulo III. Estos acuerdos, pactos, convenios o contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes y, al celebrarse por el órgano competente de la Administración, deben constar en documento público (art. 46.4 LRJ-PAC), debiendo expresar como mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

- Uno de los ejemplos de desarrollo normativo del artículo 88 LRJ-PAC en un ámbito específico de la actividad administrativa lo constituye la regulación de los acuerdos indemnizatorios que se alcanzan tras un procedimiento en el que se declara la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública. Cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, el art. 141.4 LRJ-PAC permite llegar a un acuerdo sobre el abono de la indemnización, pudiendo ésta satisfacerse en pagos periódicos o sustituirse por una compensación en especie. El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, concreta en sus artículos 8, 11.2, 13, 15.2 y 17.1 la posibilidad de terminar convencionalmente estos procedimientos fijando los términos de una propuesta de acuerdo indemnizatorio antes de que termine el plazo del trámite de audiencia<sup>42</sup>. Este convenio únicamente versará sobre la cuantía de la indemnización pero no sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para que se produzca dicha responsabilidad, lo que queda al margen de la disposición de las partes<sup>43</sup>. Sin ninguna duda estos arreglos

---

<sup>42</sup> Estaríamos, por tanto, ante un supuesto de convenio no vinculante preparatorio de la resolución, que, en caso de ser aceptado por el órgano competente, pasara a formalizarse, convirtiéndose en un convenio sustitutivo de la resolución del procedimiento.

<sup>43</sup> Como ha manifestado Ángeles DE PALMA DEL TESO, «en definitiva se trata de determinar de forma concordada el valor real de los daños o perjuicios padecidos como consecuencia del funcionamiento de la Administración ... Por ello, no deben estimarse válidos aquellos acuerdos en los que además de determinarse la cuantía

contribuyen a reducir el número de litigios judiciales que se presentan diariamente ante los órganos contencioso-administrativos.

- El procedimiento administrativo sancionador puede terminar por reconocimiento voluntario de la responsabilidad, lo que puede conllevar una reducción en la sanción (artículo 8 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora). Además, su artículo 22.2 permite a la Administración y al particular alcanzar un acuerdo sobre la indemnización por los daños y perjuicios causados a la Administración Pública por conductas sancionadas administrativamente. Por tanto, aunque no se puede negociar sobre la existencia de la infracción y el importe de la sanción aplicable, sí que la citada norma permite pactar sobre el monto de la responsabilidad civil que se deriva de dicha infracción. Incluso, para favorecer el logro de posibles acuerdos, el Reglamento señala que la aceptación de la resolución por la que se canaliza la terminación pactada, no implica para el particular el reconocimiento de su responsabilidad. Así, podrá impugnarse la sanción de forma independiente y, en el supuesto de que ésta sea revocada, lo será también la resolución accesoria de responsabilidad aunque hubiese sido aceptada por el sancionado inicialmente<sup>44</sup>.

- Muy habituales son los convenios urbanísticos que Administraciones locales y particulares realizan tanto a la hora de elaborar o modificar el planeamiento aplicable como al llevar a cabo una determinada actuación urbanística de gestión o ejecución del

---

de la indemnización que la Administración deberá abonar al interesado, éste renuncia expresamente a “todo tipo de acciones que pudiesen corresponderle en cualquier orden judicial”. ... Debe tenerse en cuenta que el acuerdo indemnizatorio no podrá servir para situar al particular en una situación peor de aquella que resultaría de haberse dictado una resolución administrativa unilateral ... En el negocio de fijación, a diferencia de la transacción, no existen recíprocas concesiones; las partes no buscan una solución de compromiso, sino verificar, determinar o fijar la realidad de una situación fáctica incierta. En el caso del acuerdo indemnizatorio, la precisa y exacta valoración económica de los daños causados por el funcionamiento de la Administración». Op. cit. págs. 63 a 65.

<sup>44</sup> Loperena Rota, Demetrio; *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. IVAP. Oñati, 2000. Pág. 162. El acuerdo implicaría, por tanto, que el responsable acepta su responsabilidad patrimonial pero no así la responsabilidad punitiva. De Palma del Teso, Ángeles; Op. cit. pág. 79. En sentido similar se expresa el art. 24 del Real Decreto 1410/1995, de 4 de agosto, relativo a la devolución de cantidades percibidas indebidamente de la Hacienda Pública por los altos cargos de la Administración General del Estado.

planeamiento en vigor<sup>45</sup>. Con ellos la Administración debe perseguir la satisfacción del interés general y no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico ni comprometer el ejercicio de las potestades regladas con que cuenta la Administración. Tampoco vinculan a la Administración en el uso de su potestad discrecional de planeamiento. Aunque su régimen jurídico puede tener apoyatura legal en el artículo 88 LRJ-PAC<sup>46</sup>, prácticamente todas las normas autonómicas que regulan la actividad urbanística han desarrollado esta figura<sup>47</sup>. El artículo 303 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las cuestiones litigiosas surgidas en torno a estos convenios. Sin embargo, como afirma TRAYTER, «las controversias que se suscitan en la aplicación, cumplimiento o interpretación de los convenios urbanísticos suscritos entre la Administración y los particulares pueden ser objeto de arbitraje»<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Sobre los convenios urbanísticos véanse, entre otros, Bustillo Bolado, Roberto O. y Cuerno Llata, José Ramón; *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*. 3ª Edición. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001. Huergo Lora, Alejandro; *Los convenios urbanísticos*. Civitas. Madrid, 1998. Arredondo Gutiérrez, José Manuel; *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*. Comares. Granada, 1999. del Olmo Alonso, Jesús; *Capítulo noveno: los convenios urbanísticos*. En Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *El Derecho Urbanístico en la Comunidad de Madrid*. Lex Nova. Valladolid, 1999. Págs. 237 a 262. del Olmo Alonso, Jesús; *La regulación de los convenios urbanísticos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*. RJCM, nº 27. 1999. Págs. 123 a 147. Estévez Goytre, Ricardo; *Manual de Derecho Urbanístico. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. 2ª Edición. Comares. Granada, 2001. Págs. 409 a 432. Martín Hernández, Paulino; *Los convenios urbanísticos*. RDU, nº 144. 1995. Págs. 59 a 83. Arozamena Sierra, Jerónimo; *Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos*. RDU, nº 146. 1996. Págs. 11 a 26. López Pellicer, José Antonio; *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*. RDU, nº 146. 1996. Págs. 97 a 130. De Palma del Teso, Ángeles; op. cit. págs. 147 a 177.

<sup>46</sup> Véanse las páginas 240 a 242 y 246 a 248 de mi trabajo *Capítulo noveno: los convenios urbanísticos*. Op. cit.

<sup>47</sup> Véanse por ejemplo los artículos 243 a 248 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, 11 a 13 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, Disp. Adic. 4ª de la Ley de la Comunidad Valenciana 4/1992, de 5 de junio, sobre Suelo No Urbanizable, 94 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, 30 y 95 de la Ley 7/2002, de 11 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, 233 a 237 de la Ley 9/2002, de 31 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, etc.

<sup>48</sup> Trayter Jiménez, Juan Manuel; *El arbitraje en el Derecho Administrativo como medio alternativo de control: Los convenios urbanísticos y el planeamiento*, Capítulo III del Título TERCERO de su obra *El control del planeamiento urbanístico*. Civitas. Madrid, 1996. Págs. 298 y 301. En la página 283 este autor precisa: «En consecuencia, resulta claro que únicamente podrán ser sometidas a arbitraje las contiendas que se susciten en relación a esa actividad negocial o paccionada entre Administración y ciudadanos pero no el plan en sí por se éste indispensable y constituir una potestad administrativa innegociable (*res extra commercium*)». En el mismo sentido Montoro Chiner, María Jesús; *Técnicas pre y extraprocesales de resolución de los conflictos urbanísticos*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 9. 1997. Pág. 55.

- También son comunes los convenios expropiatorios, regulados en los artículos 24 LEF<sup>49</sup> y 25 a 27 de su Reglamento, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957. Estos artículos permiten a la Administración expropiante y al sujeto expropiado alcanzar un acuerdo sobre el importe y la forma de abono del justiprecio, con lo que se evita un calvario de recursos, primero ante el Jurado Provincial de Expropiación y después ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dicho acuerdo puede ser recurrido por ambas partes (artículo 126 LEF).

- Resultan en la práctica frecuentes las negociaciones entre contratista y Administración para facilitar la interpretación del contrato, la modificación de sus condiciones o su resolución unilateral (artículos 59 y 249 LCAP). Aunque la Administración Pública goza de estas prerrogativas, durante la tramitación del expediente da audiencia al contratista y, en ocasiones, en consenso con él fija el contenido del acuerdo que ha de adoptar<sup>50</sup>. Con ello ambas partes intentan evitar un posible litigio, ya que en estos asuntos (por ejemplo a la hora de interpretar o liquidar el contrato, cuando hay que determinar posibles indemnizaciones por daños y perjuicios o devolver garantías) existe una contraposición de intereses evidente. La Disp. Adic. 4ª LCAP recuerda que los convenios que se formalicen al amparo del artículo 88 LRJ-PAC se celebrarán con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones

---

<sup>49</sup> Nótese como en el Capítulo III LEF, relativo a la determinación del justiprecio, hay una constante llamada a su negociación y al acuerdo, lo que no es aceptable respecto a la expropiación en sí misma, pues el uso de las potestades administrativas no es susceptible de transacción. Sobre los convenios expropiatorios véanse, entre otros, García-Trevijano Fos, José Antonio; *Los convenios expropiatorios*. EDERSA. Madrid, 1979. Huergo Lora, Alejandro; *Los convenios urbanísticos*. Op. cit. págs. 229 a 240. Razquín Lizárraga, José Antonio; *La naturaleza y el cumplimiento efectivo de los convenios expropiatorios*. RVAP, nº 14. 1986. Págs. 57 a 84. Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 249 a 264. De Palma del Teso, Ángeles; op. cit. págs. 119 a 147. Sosa Wagner, Francisco, Tolivar Alas, Leopoldo, Quintana López, Tomás y Fuertes López, Mercedes; *Expropiación forzosa y expropiaciones urbanísticas*. 2ª Edición. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2003. Págs. 75 a 97 y 596 a 603.

<sup>50</sup> No estamos aquí ante un medio alternativo de solución de disputas administrativas. Ello permite, precisamente, que no sea preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado en los supuestos apuntados *a contrario* en el artículo 59.3 LCAP. Si estuviésemos ante un arbitraje o una transacción administrativa, que intentasen poner fin a un conflicto surgido entre contratista y Administración tras un acto administrativo de ésta, deberíamos cumplir los requisitos exigidos por los artículos 39.1 LGP/1988 y 7.3 LGP/2003, y, por tanto, sería en todo caso preceptivo el informe del máximo órgano consultivo del Gobierno, (art. 60.2 LCAP). Véase el epígrafe B) del Capítulo V de esta Tercera Parte.

Públicas cuando tengan por objeto materias reguladas en ella.

- De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para Concesión de Subvenciones Públicas, el procedimiento podrá finalizar mediante acuerdo entre la Administración y los interesados cuando lo prevean las concretas normas reguladoras de las distintas subvenciones, en función de la naturaleza de la subvención y del número y circunstancias de los posibles beneficiarios. La terminación convencional deberá llevarse a cabo en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución y deberá, en todo caso, respetar el objeto, condiciones y finalidades de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes y peticiones. El precepto anterior no se opone a lo dispuesto en La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuyo artículo 22.1 permite que, excepcionalmente, siempre que así se prevea en las bases reguladoras, el órgano competente proceda al prorrateo entre los beneficiarios de la subvención del importe global máximo, lo que puede hacerse mediante convenio con los interesados<sup>51</sup>.

- El artículo 5 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJ-PAC las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, permite la terminación convencional en los casos en que las normas reguladoras pertinentes así lo contemplen atendiendo a la naturaleza de la actividad. En estos casos, los solicitantes o el órgano instructor podrán, en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución, proponer un acuerdo -no vinculante- que, si es acogido por el órgano competente, surtirá iguales efectos que la

---

<sup>51</sup> Estamos por tanto ante un acuerdo preparatorio de la resolución del procedimiento. Si bien el objeto del acuerdo se circunscribe, en principio, a la cuantía de la subvención, parece que, en ciertos casos, también sería posible la negociación sobre otros extremos, como los plazos de entrega de la ayuda o las condiciones para realizar las actuaciones o el proyecto subvencionado. De Palma del Teso, Ángeles; Op. cit. pág. 85. Véase también Pascual García, José, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*. B.O.E. Madrid, 2004. Págs. 222 y 223. La Ley General de Subvenciones, que deja vigente el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, en cuanto no se oponga a sus previsiones, regula también, en sus artículos 22.2 y 28, el procedimiento de concesión directa donde las subvenciones se canalizan mediante convenio.

resolución del procedimiento. En cualquier caso, la terminación convencional deberá garantizar el interés público para cuya salvaguardia se exige la autorización correspondiente<sup>52</sup>.

- El procedimiento de inspección tributaria puede concluir, evitando la vía de recurso, mediante la conformidad del interesado con la propuesta de regularización que la Inspección de Tributos formula en un acta<sup>53</sup>, o con el acuerdo previo del obligado sobre determinados extremos que permiten la elaboración de dicha propuesta. Aunque las posiciones doctrinales divergen<sup>54</sup>, entiendo con BUSTILLO BOLADO que nos encontramos ante un supuesto de terminación convencional del procedimiento de inspección de tributos, ya que existe un acuerdo sobre un acto de trámite preparatorio de la resolución que vincula a las partes<sup>55</sup>. Su alcance, efectos y régimen jurídico vienen

---

<sup>52</sup> Como indica BUSTILLO BOLADO «El reglamento concede un cierto margen de maniobra a la Administración, pero dicho margen no puede utilizarse “contra legem”». En *Convenios y contratos administrativos ... Op. cit.* pág. 280. El citado reglamento sólo es de aplicación a los procedimientos tramitados en su totalidad por la Administración del Estado o su Administración institucional, y a relativos a competencia normativa plena del Estado cuya tramitación corresponda a otras Administraciones (art. 1.1).

<sup>53</sup> De acuerdo con los artículos 143.2, 155.5 y 156.3 LGT, constituyen una propuesta de la resolución tributaria definitiva. El primero dispone: “Las actas son los documentos públicos que extiende la inspección de los tributos con el fin de recoger el resultado de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación, proponiendo la regularización que estime procedente de la situación tributaria del obligado o declarando correcta la misma”. Las actas extendidas por la inspección de tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario. Los hechos en ellas aceptados por los obligados tributarios se presumen ciertos y sólo podrán rectificarse mediante prueba de haber incurrido en error de hecho (art. 144 LGT). Sobre las mismas véase Arrieta Martínez de Pisón, Juan; *Las actas de la inspección de los tributos*. Civitas. Madrid, 1994.

<sup>54</sup> Me remito a lo manifestado por BUSTILLO BOLADO en *Convenios y contratos administrativos ... Op. cit.* págs. 281 a 288. En contra de esta opinión se manifiesta claramente Martínez Hornero, Javier; *La terminación convencional en el procedimiento de inspección de los tributos*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. págs. 216 a 218. RAMALLO MASSANET entiende que «es la misma ley la que permite, dada su regulación, una composición de intereses. En efecto, como algún sector doctrinal ha mantenido (Arrieta Martínez de Pisón; *Las actas de la inspección de los tributos*. Op. cit. págs. 380 y ss.) nos encontramos con que la conformidad del contribuyente constituye un acto de adhesión a la propuesta inspectora lo cual provoca un intercambio de beneficios entre ambos sujetos -acreedor y deudor, Administración y contribuyente-, cuales son la renuncia a la impugnación y la reducción de sanciones; contraprestaciones recíprocas que son establecidas y creadas por la misma ley». *La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 233.

<sup>55</sup> Ténganse en cuenta los artículos 100.1, 101.1, 120.2, 141.g) y 145 LGT. Según éste último “el procedimiento de inspección tendrá por objeto comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y en el mismo se procederá, en su caso, a la regularización de la situación tributaria del obligado mediante la práctica de una o varias liquidaciones”.

predeterminados por la disposición específica que lo regula, la LGT, cuya actual regulación, contenida en los artículos 143.2, 144, 153 a 156 y 188, es ahora posterior a la general del art. 88 LRJ-PAC<sup>56</sup>. En el supuesto de las actas de conformidad, dicha regulación es absolutamente reglada, lo que impide cualquier negociación entre la Administración y el interesado, que únicamente puede adherirse voluntariamente a la propuesta que ésta realiza. El acuerdo del sujeto pasivo, manifestando su conformidad con la propuesta de regularización, permite una finalización pacífica del procedimiento de inspección tributaria<sup>57</sup>. El legislador, por claras razones de eficacia y agilidad de la actuación administrativa, ha fomentado estos acuerdos con la reducción de la sanción a imponer, (no de la cuota tributaria debida). Así, la LGT establece una rebaja del 30 % en la cuantía de las sanciones impuestas según los artículos 191 a 197 de la Ley, que puede aumentar en un 25 % si el obligado tributario ingresa el importe completo de la sanción en periodo voluntario. A cambio, el obligado tributario se compromete a no interponer recurso o reclamación contra la liquidación o la sanción<sup>58</sup>. En segundo lugar, recogiendo las manifestaciones doctrinales que consideraban susceptibles de negociación determinados elementos de las obligaciones tributarias, la LGT introduce la posibilidad de que la Administración tributaria, con carácter previo a la liquidación de la deuda, alcance un acuerdo con el obligado en el que se concrete la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, la apreciación de hechos determinantes para la aplicación de

---

<sup>56</sup> Como recuerda AGULLÓ AGÜERO, «la Ley 30/1992 no resulta directamente aplicable al ámbito tributario en virtud de la Disposición Adicional 5.ª, pero sí lo es subsidiariamente». *La introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 184. «Esta aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, incuestionable a mi juicio ..., implica formalmente la plena vigencia de los citados arts. 88 y 107 de la Ley 30/1992 en el ámbito tributario ... por lo tanto, la inexistencia de una norma tributaria directamente aplicable provoca la aplicación inmediata de la norma subsidiaria, en este caso de los arts. 88 y 107 de la Ley 30/1992». *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 277. Véase el art. 97.b) LGT.

<sup>57</sup> La liquidación tributaria se entiende producida y notificada de acuerdo con la propuesta formulada en el acta si, transcurrido el plazo de un mes desde su fecha, no se ha notificado al interesado acuerdo del órgano competente rectificando los errores materiales, ordenando completar el expediente mediante la realización de las actuaciones que procedan, confirmando la liquidación propuesta en el acta, o indicando que ha habido error en la apreciación de los hechos en que ésta se funda o indebida aplicación de las normas jurídicas (art. 156.3 LGT).

<sup>58</sup> Si interpone recurso contra la sanción, el obligado puede conservar la reducción del 30 % siempre que no impugne la regularización (art. 212.2 LGT). Véase el art. 22.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

la norma, o la realización de estimaciones, valoraciones o estimaciones que no puedan cuantificarse de forma cierta, cuando ello sea necesario para la elaboración de la propuesta de regularización (art. 155). En su Exposición de Motivos, la LGT considera que esta nueva modalidad de arreglo procedimental, «constituye una de las principales modificaciones que introduce la nueva Ley, como instrumento al servicio del objetivo ya señalado de reducir la conflictividad en el ámbito tributario. Las actas con acuerdo están previstas para supuestos de especial dificultad en la aplicación de la norma al caso concreto o para la estimación o valoración de elementos de la obligación tributaria de incierta cuantificación. El acuerdo se perfecciona con la suscripción del acta<sup>59</sup>, para lo que será necesario autorización del órgano competente para liquidar y la constitución de un depósito, un aval o un seguro de caución. En caso de imposición de sanciones, se aplicará una reducción del 50 % sobre el importe de la sanción siempre que no se interponga recurso contencioso-administrativo. La liquidación y la sanción no podrán ser objeto de recurso en vía administrativa<sup>60</sup>». Tanto en uno como en otro caso, estamos ante una opción legislativa orientada a disminuir los conflictos tributarios.

- La Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen Jurídico de Enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas permite, en su art. 4.4, la terminación convencional de los expedientes contradictorios derivados de procedimientos de autorización de estas enajenaciones, mediante la suscripción de un acuerdo que podrá ser propuesto tanto por la Administración actuante como por los interesados. La formulación de propuesta de acuerdo por la Administración, suspende el cómputo del plazo para resolver el expediente hasta su aceptación o rechazo por los interesados, aunque nada dice el art. 4.5 sobre la suspensión del plazo por propuesta de éstos últimos.

---

<sup>59</sup> La liquidación se entiende producida y notificada, y la sanción -reducida en un 50 %- impuesta y notificada, si transcurren diez días sin que se notifique al interesado acuerdo del órgano competente para liquidar rectificando los errores materiales que pudiera contener el acta con acuerdo (arts. 155.5, 188.1 y 208.2 LGT).

<sup>60</sup> Véase lo dispuesto en los artículos 155.6 y 188.2.b) LGT. La reducción del 25 % prevista en el art. 188.3 LGT para las actas de conformidad no es aplicable a las sanciones que procedan de actas con acuerdo, por lo que, mientras en las primeras se puede alcanzar una reducción del 55 %, en las últimas la reducción fija es del 50 %.





- Asimismo, el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, vino en su art. 10 a introducir un nuevo art. 15 *ter* en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En dicho precepto se establece un supuesto de terminación convencional impropia, (el acuerdo es preparatorio y no vinculante), en los expedientes de concentración económica de empresas, donde la decisión final sobre la operación de concentración queda en manos del Ministro de Economía. Cuando de una operación de concentración, que no suponga la creación o el reforzamiento de una posición de dominio que pueda dificultar el desarrollo de la competencia en un mercado, puedan derivarse obstáculos a la competencia fácilmente subsanables, el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, podrá instar a las partes a presentar compromisos o modificaciones de la operación, la cual no se beneficiará del supuesto de autorización tácita.

- Finalmente, también son posibles, a la luz de los artículos 17 a 25 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, los acuerdos de demarcación, deslinde y amojonamiento de términos municipales. Aunque en esta ocasión estamos en presencia un arreglo entre Administraciones Públicas, no es menos cierto que estos acuerdos facilitan una solución que normalmente no va a ser objeto de controversia judicial.

#### **d) Introducción de medios alternativos de resolución de conflictos.**

Ante la enorme lentitud y el elevado coste de nuestra Justicia Contencioso-Administrativa, muchos han sido los autores<sup>61</sup> que han apostado por la introducción de

---

<sup>61</sup> Tornos Mas, Joaquín; *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. págs. 151 y 152. *El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura.* Op. cit. págs. 15 y ss. Trayter Jiménez, Juan Manuel; *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas.* En Sánchez Morón, Miguel, Trayter Jiménez, Juan Manuel y Sánchez Blanco, Ángel; *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos.* Op. cit. págs. 34 y ss. *El arbitraje de Derecho Administrativo.* Op. cit. págs. 75 y ss. López Menudo, Francisco; *Arbitraje y Derecho Público.* JA, nº 2. 1999. Págs. 5 y ss. Pérez Moreno, Alfonso; *Justicia Administrativa*

vías de solución de conflictos administrativos complementarias a la judicial, que sean útiles para resolver las diferencias entre las partes y que sirvan para descargar de una parte significativa de recursos a los órganos jurisdiccionales o para facilitar el acceso a la Justicia de quienes hubieran renunciado a acudir a los Juzgados o Tribunales<sup>62</sup>. Incluso, en este mismo sentido, la LJCA afirma en su Exposición de Motivos: «Bien es verdad que lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal. También 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. Pero, en cualquier caso, el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, insustituible en su doble función garantizadora y creadora de la jurisprudencia, debe

---

y fórmulas alternativas. Op. cit. págs. 11 y ss. *El Arbitraje Administrativo*. RAAP, nº 43. 2001. Págs. 295 y ss. Maresca Cabot, Juan Carlos; *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 7. 1996. Pág. 47. Rosa Moreno, Juan; *El arbitraje administrativo*. Op. cit. págs. 11 y 12. Huergo Lora, Alejandro; *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Op. cit. Según este autor (pág. 19), «la resolución extrajudicial de conflictos no debe verse, por tanto, en oposición o alternativa a la vía judicial, sino como un instrumento de la misma. Ambas se condicionan recíprocamente: la utilización abundante de técnicas de resolución extrajudicial de conflictos descarga a la jurisdicción de múltiples asuntos poco importantes y a la vez el buen funcionamiento de la jurisdicción proporciona respuestas previsibles y rápidas a las principales cuestiones que se plantean en la práctica y permite resolver fácilmente mediante acuerdos razonables un gran número de casos concretos». Sánchez Morón, Miguel; *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. pág. 136. *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. Op. cit. págs. 12 y 19 a 29. Este último autor afirma que, pese a los efectos beneficiosos de las reformas introducidas en la LJCA, «es opinión unánime que deben también crearse nuevos medios extrajudiciales de resolución de conflictos, tales como la mediación, la conciliación o transacción extrajudicial, el arbitraje o la interposición de recursos ante órganos independientes ... Se trata de una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema de justicia administrativa y de un reto para los próximos tiempos». *El control jurisdiccional. La jurisdicción contencioso-administrativa*. Op. cit. pág. 811. Incluso el Tribunal Supremo ha manifestado la necesidad de introducir mecanismos que eviten el proceso o, en su caso, pongan fin al mismo, facilitando que las Administraciones Públicas puedan transigir o someterse a arbitraje y se busquen nuevas soluciones en el seno de los procedimientos administrativos que contribuyan a la legítima satisfacción de las reclamaciones de los ciudadanos sin necesidad de acudir a la vía judicial. *Del modo de arreglar la Justicia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. Págs. 11, 13, 19, 131 y 132. Igualmente, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia dispone que «se potenciará la evitación de conflictos desarrollando e impulsando fórmulas eficaces de arbitraje, mediación y conciliación». Sánchez Morón, Miguel; *El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*. Op. cit. pág. 263.

<sup>62</sup> Varias han sido también las Jornadas organizadas en torno a estos otros modos de arreglar conflictos administrativos. Entre otras, destacamos las siguientes: *Administración y arbitraje: resolver de otra manera los conflictos*. Curso de verano organizado por la UIMP los días 6, 7 y 8 de julio de 1994, del que da cuenta Carolina SÁENZ CASALS en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 264. 1994. Págs. 709 a 721. *Jornadas de Catedráticos y Profesores de Derecho Administrativo sobre el arbitraje administrativo*. Universidad de Sevilla. Sevilla, febrero de 1998. *Jornadas de reflexión sobre el arbitraje administrativo*. INAP. Madrid, 12 y 13 de julio de 2001. *El arbitraje en el ámbito de la Administración pública*. Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Cataluña. Barcelona, 14 de marzo de 2002.

adaptarse a las condiciones del momento para hacer posible aquel objetivo». Por eso se hace necesario fomentar la paulatina puesta en práctica de estos otros modos de solución de conflictos, que pretenden contribuir, junto a otras medidas, a la mejora de la Justicia Administrativa. Entre ellos podemos encontrar los siguientes:

- Aquellos que se desarrollan en el seno de un procedimiento judicial, bien a instancia de las partes o bien del propio Juez o Magistrado. A ellos se refieren los artículos 77 y 113 LJCA, que serán objeto de un análisis posterior.

- Los que son completamente ajenos a cualquier procedimiento judicial con el fin de que éste no llegue a producirse. Pueden llevarse a cabo una vez agotada la vía administrativa previa, con anterioridad a la interposición de un recurso contencioso-administrativo (o incluso paralelamente con el fin de desistir del mismo tan pronto como se solucione la disputa por otras vías más rápidas). Pueden también tener lugar en vía administrativa, cuando, antes de comenzar el largo y difícil camino de recursos administrativos y posteriores recursos contenciosos, se intenta buscar una solución más rápida y eficaz al conflicto. En este segundo caso nos encontramos con los mecanismos sustitutivos de los recursos de alzada o de reposición a que alude el art. 107.2 LRJ-PAC, previsión legal que como veremos más adelante carece todavía de un desarrollo práctico importante.

A la luz de lo anterior podemos ya definir qué se entiende por medios alternativos<sup>63</sup> de resolución de conflictos en Derecho Administrativo: «son aquellos procedimientos que, una vez producido un acto administrativo que provoca un conflicto en el que una Administración es parte, tienen como misión resolver definitivamente la diferencia surgida de una forma eficaz, rápida y flexible, con la posible intervención de neutrales especializados, y tras un acuerdo voluntario de las partes que intenta evitar un

---

<sup>63</sup> Cuando utilizamos el término “alternativos” queremos decir que estos mecanismos constituyen en determinadas circunstancias una opción distinta al proceso judicial, pues precisamente tienen como objetivo solucionar eficazmente el conflicto al margen del contencioso-administrativo. Sin embargo, en ningún momento se piensa con ello en impedir a los ciudadanos el acceso a la vía judicial, pues, como luego veremos, el recurso a estos procedimientos es totalmente voluntario. Tampoco suponen una alternativa general y, mucho menos, una panacea. Por tanto, aunque alternativos al proceso judicial, también lo complementan, ampliando las posibilidades de defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública.

largo proceso judicial o incluso la vía previa de recursos administrativos. Pueden, también, desarrollarse a instancia de un órgano judicial. Entre estas técnicas destacan el recurso previo ante órganos independientes y especializados, el arbitraje, la mediación, la conciliación y la transacción».

De esta definición se pueden desprender las siguientes notas características:

- Necesidad de un acto administrativo, que puede o no agotar la vía administrativa previa, lo que hará que estemos ante un medio alternativo no sólo a la vía judicial sino, en ocasiones, a la vía de recurso ante la Administración.

- Presencia de un conflicto sometido al Derecho Administrativo en el que al menos una de las partes es una Administración Pública y que se intenta resolver definitivamente mediante el uso de estos mecanismos.

- Convenio voluntario de las partes, que fijará las características y efectos del procedimiento a seguir, el cual vendrá caracterizado por los principios de celeridad, flexibilidad, contradicción e igualdad.

- Posible intervención de un tercero imparcial y especializado, bien con facultades decisorias (arbitraje), bien con la capacidad de realizar propuestas no vinculantes (mediación), o simplemente dedicado a intentar el acercamiento de las partes para que puedan debatir sobre el objeto del litigio (conciliación). En todo caso, este tercero que no es parte de la controversia debe estar suficientemente formado, contar con experiencia en la materia, y ser independiente e imparcial.

- Ámbito material determinado, que permita la utilización de estos procedimientos.

- Acuerdo o decisión final sobre el conflicto vinculante para las partes, teniendo, en el caso del laudo arbitral, eficacia de cosa juzgada.

- Garantía de un control judicial posterior por motivos tasados sobre la decisión finalmente adoptada, que habrá de garantizar su legalidad y su respeto al interés público o de terceros.

### C) JUSTIFICACIÓN DEL USO DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Los problemas derivados de la enorme litigiosidad administrativa y las necesidades prácticas aconsejan una nueva forma de actuar de las Administraciones Públicas, basada en el acuerdo, la información y la participación con los administrados, especialmente en la resolución de los conflictos jurídicos<sup>64</sup>. Varias son las razones que obligan a una nueva configuración del régimen de funcionamiento de las Administraciones Públicas, entre las que destacamos las siguientes:

- La necesidad de mejorar las relaciones Administración-administrados. Las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos han de regirse por los principios de cooperación, colaboración, servicio a los ciudadanos, buena fe, confianza legítima, transparencia y participación (párrafos 1, 2 y 5 del art. 3 LRJ-PAC). Debe buscarse, por tanto, un clima de respeto, colaboración y comprensión mutua en la búsqueda del interés general, dado que la firmeza en las posiciones, a menudo contradictorias, no hace sino perjudicar los derechos de los ciudadanos más desprotegidos y la imagen del sector público<sup>65</sup>. Debe propiciarse una nueva cultura administrativa en la que autoridades y funcionarios se relacionen con los administrados y éstos vean a la Administración como la institución de defensa y promoción de los

---

<sup>64</sup> Véase la nota 34. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ considera que estas técnicas, «aunque bien diferentes entre sí, todas ellas parecen situarse frente a ciertos problemas importantes, sociales y jurídico-administrativos, tales como la lentitud de la justicia administrativa o la conveniencia de abrir mayores cauces de participación o colaboración en favor de los ciudadanos en el ejercicio de funciones administrativas». Llama la atención, sin embargo, como a su juicio «la explicación última de la creciente presencia de este tipo de figuras se encontraría en la cada vez mayor presencia o incluso presión de intereses económicos en el seno del Derecho Administrativo». *El contrato administrativo*. Civitas. Madrid, 2003. Págs. 354 y 355.

<sup>65</sup> Para el Profesor PÉREZ MORENO, se puede hablar de una carencia en la demanda social de garantías para el control de la objetividad, eficiencia y autenticidad de fines del servicio de las Administraciones Públicas. «Es como decir, el control del cumplimiento de la carga de la buena administración. Hay que superar el control estricto de la legalidad para pasar a pedir cuentas del cumplimiento de toda la deontología administrativa que se ha normativizado en la nueva redacción del artº 3 de la Ley 30/92, por la Ley 4/99: los principios de buena fe, de confianza legítima, de eficiencia y servicio a los ciudadanos, de transparencia y de participación». *Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso*. RAAP, nº 37. 2000. Pág. 21.

intereses comunes y se vean comprometidos en su buen funcionamiento. Por ello, Administración y administrados han de poder solucionar extrajudicialmente sus diferencias, lo que no entra en colisión, si se sigue el procedimiento debido, con el interés general o su defensa<sup>66</sup>. La búsqueda del entendimiento entre las partes facilitará su acercamiento y el mantenimiento de relaciones futuras, lo que en la mayoría de las ocasiones no permite la vía judicial, donde las posiciones de las partes se encuentran enfrentadas.

- El compromiso de dotar a los recursos administrativos de una verdadera función de examen efectivo y objetivo de las reclamaciones de los interesados, con el fin de dar una respuesta útil y eficaz al conflicto jurídico que evite el recurso a los Tribunales. El actual sistema de recursos administrativos, donde la propia Administración autora del acto se encarga de su resolución, supone en la práctica un mecanismo que no hace sino retrasar el recurso contencioso-administrativo<sup>67</sup>. En muchos casos la Administración no resuelve o bien desestima el recurso sin hacer un estudio en profundidad del mismo, con lo que los recurrentes se ven obligados a acudir a la vía judicial. En buena medida es la negativa actitud de las Administraciones Públicas, que no siempre sirven con objetividad los intereses generales, la que está provocando la saturación del Orden Contencioso-Administrativo. Por ello, debe impulsarse la creación de órganos administrativos independientes, formados por especialistas, que, mediante procedimientos de reclamación, arbitraje, mediación o conciliación, den una respuesta objetiva al problema planteado. Esta solución no sólo ayuda a reducir el número de asuntos que diariamente entran en los Tribunales, sino que llena de contenido al artículo 103.1 C.E. aumentando las garantías que la Administración ha de poner al servicio del ciudadano.

- El colapso generalizado de la Justicia Contencioso-Administrativa y su elevado

---

<sup>66</sup> Loperena Rota, Demetrio; op. cit. pág. 201. AGULLÓ AGÜERO, citando a GIANNINI, afirma que la consecución de los intereses generales no es monopolio de una actividad solitaria de la Administración. *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral*. Op. cit. pág. 288.

<sup>67</sup> Véanse la nota 28 de esta Tercera Parte y la página 249 de este trabajo.

coste. El número de órganos judiciales es insuficiente y el número de asuntos aumenta en una proporción cada vez mayor. La utilización de otras vías complementarias a la judicial ayudará sin duda a reducir el número de asuntos pendientes ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, en consecuencia, a acortar el período de tiempo que existe entre la interposición del recurso y su resolución. También permitirá a los órganos judiciales centrarse en los asuntos de verdadero interés jurídico. La existencia de medios alternativos de resolución de conflictos no vulnera el derecho de todos a obtener la **tutela judicial efectiva** de Jueces y Tribunales (art. 24.1 C.E.). Más bien puede permitir la descongestión de esta jurisdicción y contribuir a que dicha tutela sea real y efectiva, pues en la actualidad son muchas las ocasiones en que los afectados renuncian a la vía judicial porque ésta no sirve para solucionar sus problemas<sup>68</sup> o porque la escasa cuantía del asunto la desaconseja. Además, si analizamos los costes y la duración que un proceso judicial exige para llegar a un resultado final, concluiremos que estos procedimientos permiten un ahorro fundamental de tiempo y de dinero, lo que a menudo proporciona la eficacia a la solución alcanzada. Constituyen, por tanto, mecanismos que abaratan y agilizan la defensa de los derechos de los ciudadanos ante la Administración<sup>69</sup>, adaptando los procedimientos a las circunstancias de cada caso.

---

<sup>68</sup> Véase la nota 14. Con razón afirma el Magistrado ARAGONÉS BELTRÁN que «los retrasos en la resolución de los procesos no sólo constituyen intolerables dilaciones indebidas en el otorgamiento de la tutela judicial, sino que repercuten en el funcionamiento del régimen administrativo en su conjunto... Por lo pronto, la jurisprudencia queda privada de una de sus funciones esenciales como guía de actuación de los operadores jurídicos, pues cuando se consolida una línea jurisprudencial, la normativa interpretada ya no suele estar en vigor...». *Resolución de recursos en el ámbito tributario local: autocontrol jurídico y vía administrativa previa*. Op. cit. pág. 251. También CRUZ PADIAL, citando la STC 197/1993, de 14 de junio, afirma que «el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende resolver controversias en tiempo razonable, quedaría reforzado, frente a la tardanza que tienen en la actualidad los tribunales en el pronunciamiento de sus sentencias». En *¿Es posible el arbitraje tributario?*. Impuestos. Vol. I. 1999. Pág. 384. Por último, HUERGO LORA considera que «la larguísima duración de los procesos administrativos, que priva de eficacia en múltiples casos a la sentencia, no sólo puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (con ser esto lo más importante), sino que, al privar al sistema en la práctica de su principal mecanismo de cierre, lleva a la efectiva inaplicación e irrelevancia del propio Derecho administrativo y a su sustitución (no declarada ni completa, naturalmente) por formas de tutela paralelas, no dotadas de las garantías propias de la justicia administrativa». *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 22.

<sup>69</sup> Por ello, como ha indicado MARINA JALVO, los procedimientos alternativos no deben orientarse únicamente a la reducción de la litigiosidad judicial, sino que deben constituir por sí mismos procedimientos ventajosos y atractivos que constituyan una alternativa rápida y económica para los ciudadanos. En *Proyecto Docente*. Universidad de Alcalá. Madrid, 2002. Pág. 139.

- La existencia de controversias que exigen una respuesta rápida y urgente. Muchas veces la solución del conflicto ha de ser casi inmediata para poder ser eficaz. La vía judicial, pese a que se ha mejorado enormemente el sistema de medidas cautelares, no siempre da una respuesta eficaz al problema. Mas bien lo contrario, pues no resulta extraño que el retraso en la resolución haga que los intereses en juego ya no puedan verse satisfechos totalmente, es decir, que la sentencia y el trabajo del órgano judicial no sirvan para nada<sup>70</sup>.

- El carácter técnico de muchas materias y la necesidad constante de acudir a dictámenes periciales (cuya regulación actual se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil) en muchos casos contradictorios. Frecuentemente los conflictos jurídicos vienen determinados por un elevado componente técnico (cuestiones relativas al medio ambiente, cuestiones urbanísticas como declaración de ruina o determinación del técnico competente para realizar el proyecto técnico de edificación, problemas de valoración en materia de expropiación forzosa, etc.). En estas ocasiones el órgano judicial carece de los conocimientos necesarios para poder hacer una correcta evaluación del asunto y determinar la consecuencia jurídica de la norma aplicable, por lo que suele ser habitual el recurso a peritos que, muchas veces, más que ayudar, buscan confundir al Juez o Magistrado. En estas cuestiones serían de especial utilidad técnicas de arbitraje, mediación o conciliación. Incluso, sería conveniente la creación de tribunales mixtos compuestos por miembros de la carrera judicial y técnicos expertos en la materia. La solución especializada y objetiva sería escasamente recurrida ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

- La exigencia de conocimientos específicos en cuestiones jurídicas para la resolución de disputas contencioso-administrativas. El Orden Contencioso-Administrativo es muy diverso: régimen jurídico de las Administraciones Públicas,

---

<sup>70</sup> Por ejemplo, los perjuicios que los ciudadanos sufren por la incorrecta concesión de un servicio público difícilmente pueden repararse aunque con el paso de los años un Tribunal declare que la concesión no fue ajustada a Derecho.



procedimiento administrativo, proceso contencioso-administrativo, expropiación forzosa, función pública, régimen de los bienes públicos, contratos, urbanismo, medio ambiente, régimen de las telecomunicaciones, derechos fundamentales y libertades públicas, tributos, propiedad industrial, etc. En asuntos muy concretos se precisan conocimientos jurídicos muy especializados que un Juez o Magistrado no siempre puede abarcar, por lo que una solución adoptada mediante la intervención de personas expertas en la materia, que actúen como árbitros, mediadores, conciliadores o negociadores, puede contribuir a la mejor y más rápida solución del litigio. No hay que olvidar, además, el obstáculo que supone la constante innovación normativa que obliga al órgano judicial al estudio de temas actuales y recientes.

- La insuficiente formación jurídico-administrativa de Jueces y Magistrados. Como ya señaló en 1991 SÁNCHEZ MORÓN<sup>71</sup>, «la mayoría de quienes juzgan los recursos contra la Administración carecen de la preparación debida en los asuntos administrativos y su experiencia en estos temas es escasa». Se echa en falta una mayor especialización de los que componen el Orden Contencioso-Administrativo, y, en general, de todos los Jueces y Magistrados, que deberían actualizar de forma constante sus conocimientos. Baste como muestra el programa de las pruebas selectivas para ingreso en la Escuela Judicial y posterior acceso a la Carrera Judicial, donde sólo existen 18 temas sobre Derecho Administrativo<sup>72</sup>. Igualmente, de cada cinco Magistrados del

---

<sup>71</sup> Sánchez Morón, Miguel; *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. págs. 112 y 113. Más recientemente, este autor ha vuelto a criticar la falta de especialización de los Jueces de lo contencioso-administrativo. *Las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en recursos contra la actividad de las Comunidades Autónomas y de la Administración del Estado*. JA, nº 9. 2000. Pág. 60. También MARTÍN MATEO señaló que «el dominio de un temario acredita voluntad y memoria y suministra una información imprescindible, pero esto es obviamente insuficiente y precisa del contraste práctico con la realidad, que sólo un contacto prolongado con la praxis puede facilitar, lo que es particularmente evidente en relación con el Contencioso-Administrativo, que requiere de una especial y larga preparación». En *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 106. Véase también García de Enterría, Eduardo; *Hacia una nueva Justicia Administrativa*. Op. cit. pág. 153.

<sup>72</sup> Dicho programa, que contiene más de trescientos temas, se publicó por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero de 2000, y se reformó por los Acuerdos de la Comisión de Selección de las pruebas de acceso a las Carreras Judicial y Fiscal de 14 de marzo de 2001 y 27 de febrero de 2002. El Anexo al Acuerdo de 31 de marzo de 2004, de la Comisión de Selección a que se refiere el art. 305 LOPJ, contiene un programa similar en el que se siguen manteniendo 18 temas sobre Derecho Administrativo. Véase el Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial.

Tribunal Supremo dos han de ser Magistrados Especialistas, uno de cada tres o dos de cada cinco lo serán en las Salas y Secciones de los Tribunales Superiores de Justicia, y en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no se efectúa reserva alguna, si bien los Magistrados Especialistas de este orden jurisdiccional tienen preferencia para la adjudicación de tales plazas, (arts. 329.2, 330.2 y 344 LOPJ). Hay que añadir, además, que, con independencia de su mejor o peor formación, la presión a la que se ven sometidos los miembros de la carrera judicial, por el elevado número de asuntos que diariamente entran en los Juzgados y Tribunales y que deben resolverse, es excesiva. La productividad de los órganos judiciales ha aumentado mucho en los últimos años<sup>73</sup>, pero la calidad de sus resoluciones se ha resentido de forma importante, pues no siempre el asunto es objeto de un estudio en profundidad. Ello conduce en ocasiones a una insuficiente fundamentación del fallo o a una falta de respuesta a todas las alegaciones de las partes. La Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, incorpora un sistema de retribuciones variables por objetivos de rendimiento, que se fijan por el Consejo General del Poder Judicial, para cada destino, con arreglo a módulos de dedicación u otros criterios técnicos que se estimen convenientes<sup>74</sup>. Su art. 9.2 prevé una minoración en un 5 % de las retribuciones fijas de aquellos Jueces y Magistrados que, por causas que les sean atribuibles, no alcancen en el semestre de referencia el 80 % del objetivo correspondiente a su destino<sup>75</sup>. El párrafo

---

<sup>73</sup> Como demuestran los últimos informes anuales publicados por el Consejo General del Poder Judicial, en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa existe una ligera disminución de la pendencia de los asuntos, lo que se debe a un incremento importante del trabajo de los órganos judiciales. Sin embargo, pese a que el número de asuntos registrados cada año va en aumento, sólo se han creado en la jurisdicción contencioso-administrativa 12 nuevas plazas de Magistrados y Jueces en el periodo que va de 1998 a 2001. [www.poderjudicial.es/organosjudiciales/](http://www.poderjudicial.es/organosjudiciales/).

<sup>74</sup> Según su art. 1, la "Ley tiene por objeto garantizar la independencia económica de los miembros de la carrera judicial mediante un sistema retributivo objetivo, equitativo, transparente y estable que reconozca adecuadamente la responsabilidad y dedicación de jueces y magistrados, así como su rendimiento individual en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales".

<sup>75</sup> El acuerdo de 3 de diciembre de 2003, del Pleno del Consejo General del poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2003, para el cumplimiento de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la Carrera Judicial, concreta el procedimiento para certificar por semestres el cumplimiento de los objetivos de rendimiento correspondientes a los destinos de la Carrera Judicial y prevé un expediente contradictorio para determinar si el incumplimiento del objetivo de rendimiento, por no alcanzarlo en un 80 %, es atribuible o no al titular del destino correspondiente. Sus artículos 6 a 12 enumeran las causas que, apreciadas por el Servicio de Inspección, impiden atribuir a Jueces y Magistrados el incumplimiento del objetivo de rendimiento.

1 del mismo artículo contempla un aumento de las retribuciones fijas (no inferior al 5 % ni superior al 10 %) para los Jueces y Magistrados que, en el semestre inmediatamente anterior, hubiesen superado en un 20 % el objetivo correspondiente a su destino<sup>76</sup>. Esta medida, que ya se aconsejaba en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia<sup>77</sup>, intenta incrementar el ritmo de trabajo de los órganos judiciales, con la intención de agilizar los procedimientos y disminuir el período de pendencia de los asuntos. Ahora bien, en los mencionados objetivos de rendimiento debería reservarse un importante lugar a la calidad de las resoluciones judiciales, especialmente cuando ayuden a zanjar definitivamente el asunto. Sin duda, la introducción de medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos, contribuye no sólo a satisfacer las pretensiones de las partes sino que, en tanto reducen el volumen de asuntos que deben soportar los Tribunales, ayudan a mejorar la eficacia y calidad de las resoluciones judiciales<sup>78</sup>.

En cualquier caso, el principal fundamento para introducir en nuestro Derecho Administrativo, -con las matizaciones y límites que se apuntan en el presente estudio-, medios alternativos de resolución de conflictos es el **principio de eficacia**, que debe presidir, -como indicó la STC 178/1989, de 2 de noviembre<sup>79</sup>-, toda actuación de las Administraciones Públicas (art. 103.1 C.E. y art. 3 LRJ-PAC). La eficacia alude a la

---

<sup>76</sup> El crédito total que se destine a estas retribuciones variables en cada ejercicio presupuestario “no podrá superar en ningún caso el 5 % de la cuantía global de las retribuciones fijas de los miembros de la carrera judicial”, (art. 9.3 de la Ley 15/2003).

<sup>77</sup> Sánchez Morón, Miguel; *El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*. Op. cit. pág. 259.

<sup>78</sup> Tornos Mas, Joaquín; *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. pág. 159.

<sup>79</sup> Dicha sentencia considera además que el principio de eficacia supone, además «un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar “de acuerdo” con él (art. 103.1 C.E.)». Véanse también la STC 27/1987, de 27 de febrero, que recuerda que el principio de eficacia «debe predicarse no sólo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos». Para Carmen CHINCHILLA, «la constitucionalización del principio de eficacia implica, pues, que la Administración ha de alcanzar los objetivos en que la dirección política de cada momento concrete el cumplimiento de la función de servicio a los intereses generales no sólo en términos de legalidad, sino también de racionalidad y eficiencia». En su excelente estudio *Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa*. En Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y del Guayo Castiella, Íñigo, (Dirs.); *Panorama Jurídico de las Administraciones Públicas en el Siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*. B.O.E./INAP. Madrid, 2002. Pág. 309.

consecución real o efectiva de objetivos prefijados<sup>80</sup>, que en el caso de la Administración consisten en actuar con objetividad al servicio de los intereses generales<sup>81</sup> y con sujeción al ordenamiento jurídico. Si los numerosos conflictos jurídicos que afectan a la Administración se resuelven con la renuncia de los particulares a enfrentarse a ésta por la defensa de sus derechos o con una solución que se consigue tras un largo proceso y que muchas veces ya no sirve para nada -o provoca serios perjuicios económicos y un mayor antagonismo entre las partes-, entonces los intereses generales no pueden verse satisfechos y por tanto el Estado de Derecho se ve seriamente dañado<sup>82</sup>. La

---

<sup>80</sup> Parejo Alfonso, Luciano; *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*. DA, nº 218-219. 1989. Pág. 19. Según este mismo autor, «la palabra eficacia evoca básicamente la producción intencionada (con arreglo a un fin o causa) de una realidad (adecuada al fin) como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar ... Quizás pueda decirse, resumiendo, que mientras la eficacia alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere más bien a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin. En todo caso, entre ambas nociones existe una muy estrecha relación ... A la luz de los datos normativos y jurisprudenciales, la doctrina define la eficacia proclamada en el artículo 103.1 C.E. efectivamente como principio jurídico que, sin perjuicio de su indeterminación, postula una específica aptitud de la Administración para obrar en cumplimiento de sus fines y una exigencia, asimismo específica, de realización efectiva de éstos, es decir, de producción de resultados efectivos». En *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Op. cit. págs. 91, 92 y 105. Para CHINCHILLA MARÍN, el término «eficacia alude a la efectiva consecución de objetivos prefijados; a la posibilidad o virtud de alcanzar un efecto u objetivo determinado. Es la idoneidad para alcanzar un objetivo. Según el *Diccionario de la Lengua Española*, eficacia es “virtud, actividad, fuerza y poder para obrar”. Eficaz significa “que logra hacer efectivo un intento o propósito”. *Efectividad* alude a efecto real y, por eso, el mismo *Diccionario* la define como lo “real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal”. Por último, *eficiencia* se refiere a la relación que existe (la más adecuada) entre los bienes o servicios producidos y los factores productivos utilizados para obtenerlos. Alude, pues, a la mejor relación entre los medios empleados y los fines alcanzados. El *Diccionario* la define como “virtud y facultad para lograr un efecto determinado” y “acción con que se logra este efecto”. Si eficacia es idoneidad para alcanzar un objetivo, eficiencia es la capacidad de hacerlo con la mejor combinación de medios posible». *Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa*. Op. cit. pág. 308.

<sup>81</sup> Parejo Alfonso, Luciano; *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*. Op. cit. pág. 31. Según este autor de la Administración «se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que, al hacerlo, “resuelva” los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir, una “obra”, cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate ... La eficacia administrativa se traduce, pues, en un deber jurídico de realización efectiva de una situación jurídica, cabalmente la consistente en la definida en cada caso por el interés general, por un sujeto concreto: la Administración pública ... Su contenido y alcance legítimos son únicamente los conformes al Estado diseñado por la Constitución ... En todo caso la eficacia postulada constitucionalmente es del servicio, con objetividad, al interés general». En *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Op. cit. págs. 89, 125 y 126. Por su parte LAVILLA RUBIRA precisa que la eficacia, cuyo contenido es «sumamente genérico y relativamente indeterminado ... ha de lograrse con estricta sujeción al ordenamiento jurídico al que la Administración está plena y positivamente vinculada (art. 103.1 CE)». En la voz *Eficacia (D.º Administrativo)*. Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II. Civitas. Madrid, 1995. Págs. 2626 y 2627.

<sup>82</sup> La STC 178/1989, de 2 de noviembre, señala que «si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados

Administración debe mejorar sus relaciones con el administrado para solucionar más fácilmente sus conflictos y poder así centrar todos sus esfuerzos económicos, personales y jurídicos en desempeñar más eficazmente su actividad para contribuir al desarrollo de nuestra sociedad. Las soluciones alcanzadas a través de estos procedimientos dotan a la actuación administrativa de una mejor aceptación y reducen su conflictividad, lo que repercute, evidentemente, en un aumento de su eficacia. En consecuencia, como apunta ROSA MORENO<sup>83</sup> «La eficacia también despliega sus efectos, sirviendo de fundamento, precisamente, a aquellas formas de actuación administrativas que sustituyendo a las tradicionales formas unilaterales están llamadas a ocupar el anterior protagonismo de éstas; aquí se instalan ... los medios alternativos de resolución de conflictos ... complementando el control jurisdiccional de la actividad administrativa ... Además, hay que tener presente que estos mecanismos se acomodan a la constitucional necesidad de conciliar la garantía y la participación de los interesados con la eficacia administrativa como fines del procedimiento administrativo».

Igualmente, estos procedimientos alternativos, basados en los principios de especialización, independencia, flexibilidad y celeridad, pretenden lograr una mayor justicia en la solución de los problemas de administraciones y ciudadanos, adaptando la decisión a las circunstancias del caso concreto. Con ello también se facilita el entendimiento entre las partes y, lo que es más importante, el intercambio de información, lo que va a permitir un mejor conocimiento de los intereses contrarios.

---

constitucionalmente».

<sup>83</sup> *El arbitraje administrativo*. Op. cit. pág. 17.

## **CAPÍTULO II. CONSTITUCIONALIDAD DEL EMPLEO DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN NUESTRO DERECHO PÚBLICO.**

La conciliación previa a la vía jurisdiccional laboral, la transacción y el arbitraje en el Derecho Común, la mediación en el Derecho de Consumo, o el frecuente sometimiento de la actividad comercial nacional e internacional a arbitrajes institucionalizados (como, por ejemplo, los llevados a cabo por las Cámaras de Comercio) son claros ejemplos de resolución de controversias en el Derecho Privado<sup>84</sup> mediante fórmulas que constituyen una alternativa al proceso judicial y que vienen impuestas por la necesidad de rápidas y eficaces respuestas a los problemas surgidos. La Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa postula la adopción de medidas para prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, considerando a este respecto que los Gobiernos deben favorecer que, “en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial”<sup>85</sup>. En el Derecho Privado español este tipo de soluciones están ya ampliamente aceptadas y desarrolladas. La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, (reemplazada por la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre), fue declarada plenamente

---

<sup>84</sup> Véase a este respecto Loperena Rota, Demetrio; op. cit. págs. 37 a 76 y 121 a 131. Véase también la bibliografía allí citada.

<sup>85</sup> Exposición de Motivos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

constitucional por las Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988, de 16 de marzo, 62/1991, de 22 de marzo, 288/1993, de 4 de octubre, 174/1995, de 23 de noviembre y 176/1996, de 11 de noviembre, entre otras muchas<sup>86</sup>. En consecuencia, cuando la Administración mantiene relaciones jurídicas sujetas al Derecho Privado, puede acudir a este tipo de procedimientos (SSTS de 28 de octubre de 1986, Ar. 7721, y de 6 de marzo de 1987, Ar. 1419<sup>87</sup>), respetando, claro está, la regulación de los denominados actos separables (competencia del órgano para recurrir a estos procedimientos, selección de personal laboral de un ente público, preparación y adjudicación de contratos realizados por una empresa pública -art. 9.3 LCAP-, etc.) que quedan sujetos al Derecho Administrativo y que, en la medida en que constituyen materias regladas de carácter imperativo, sólo son fiscalizables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por otra parte, los Estados proceden, por regla general y dejando a un lado la existencia de Tribunales internacionales especializados en materias concretas, a solucionar sus diferencias a través de distintas negociaciones en las que puede intervenir como mediador un tercer Estado o una institución internacional. Por ello, como afirma LOPERENA ROTA, «no parece razonable que lo que pueda pactarse con una Entidad

---

<sup>86</sup> A favor de la constitucionalidad del arbitraje se posiciona, entre otros, ROCA MARTÍNEZ. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Bosch. Barcelona, 1992. Págs. 162 y ss. La Constitución de 1812 contemplaba la institución del arbitraje y reconocía expresamente el derecho de los españoles a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por las partes. Así lo recuerdan CANAL MUÑOZ e IBÁÑEZ BUÍL. *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 460.

<sup>87</sup> Véase el comentario que realiza Juan Manuel TRAYTER en *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas*. Op. cit. págs. 51 a 54. *El arbitraje de Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 87 a 89. Véase también Maresca Cabot, Juan Carlos; *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, n° 7. 1996. Pág. 42. En relación con los denominados actos separables y el debate en torno a la conveniencia de unidad jurisdiccional véase Jiménez Aparicio, Emilio (Coord.); *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2002. Págs. 544 a 551. GARCÍA DE ENTERRÍA señala que «la aplicación del Derecho Administrativo en la fase de formación del contrato se explica porque se trata del proceso de formación de voluntad del (normalmente) ente público y de las reglas sustanciales de elección del contratista, voluntad sometida a las reglas públicas de la transparencia, la igualdad entre posibles contratistas y la concurrencia, estas dos últimas reglas especialmente destacadas por las Directivas Comunitarias de cuya transposición se trata». García de Enterría, Eduardo; *Ámbito de aplicación de la Ley*. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1996. Pág. 128. No obstante, detrás de toda actividad administrativa siempre está la necesidad de justificación del servicio a los intereses generales.

extranjera esté vedado al acuerdo interno, al menos cuando las consecuencias de ambas sean idénticas para el interés público»<sup>88</sup>.

Sin embargo, cuando una Administración actúa en el ámbito público, es decir en uso de potestades públicas atribuidas por el ordenamiento para conseguir fines de interés general, ¿puede someter a arbitraje o resolver sus posibles litigios de acuerdo a otros medios alternativos de resolución de conflictos?.

En primer lugar hay que tener presente que el artículo 24.1 C.E., que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de Juzgados y Tribunales, impide la imposición unilateral de otros cauces de solución de controversias. Por tanto, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 56/1990, de 29 de marzo, (FJ 47º), 174/1995, de 23 de noviembre, y 176/1996, de 11 de noviembre, referidas al arbitraje, el recurso a otros mecanismos de solución de enfrentamientos jurídicos ha de ser totalmente voluntario sin que, *ope legis*, se pueda impedir directamente a los jueces y tribunales el conocimiento de los conflictos, pues «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» (FJ 3º de la STC 174/1995). Igualmente, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 217/1991, de 14 de noviembre, ha afirmado lo siguiente:

«Este tribunal ha declarado reiteradamente la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (por todas, STC 60/1989, las que en ella se citan y también, por su proximidad al presente supuesto, la STC 162/1989). De un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión

---

<sup>88</sup> Loperena Rota, Demetrio; op. cit. págs. 79 a 83. Este autor constata también como «las bases políticas sobre las que se asienta la Unión Europea están firmemente amarradas a la cultura del pacto». Op. cit. págs. 105 a 109. Véase también González-Varas Ibáñez, Santiago; *El contrato administrativo*. Op. cit. págs. 391 a 395.



controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intervenciones el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo»<sup>89</sup>.

La voluntariedad de las partes es la base sobre la que se asientan los modos alternativos de solución de conflictos administrativos, sin la cual puede predicarse la nulidad y la inconstitucionalidad del procedimiento<sup>90</sup>. En ningún caso estos mecanismos podrán excluir el reconocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida. Incluso, una vez que se ha hecho uso de estos medios complementarios y antes de alcanzarse una solución, nada impide a las partes el regreso a la vía judicial, siempre, claro está, que se encuentren dentro del plazo legal y que indemnizen a la otra parte por los daños y perjuicios causados por esta decisión.

---

<sup>89</sup> FJ 5º de la sentencia 217/1991. En términos similares se expresa el Tribunal Constitucional en el FJ 2 de la sentencia 355/1993, de 29 de noviembre.

<sup>90</sup> El Prof. TRAYTER JIMÉNEZ afirma acertadamente que «el arbitraje ha de ser siempre potestativo o voluntario, pues en caso contrario ... podrían vulnerarse las reglas de unidad jurisdiccional y prohibición de Tribunales de excepción (arts. 117.5 y 6 CE) y tutela judicial efectiva (art. 24 CE)». *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas*. Op. cit. pág. 40. Además, entiende que «el arbitraje no puede ser nunca forzoso, porque su base legitimadora se encuentra en la voluntad de las partes que confían en la solución que provocan y propician. Tanto es así que el hacer obligatoria esta institución implica una desnaturalización de la misma, llegando entonces a hablarse de otra cosa, pero no de arbitraje. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia 56/90, de 29 de marzo». En *El arbitraje en el Derecho Administrativo como medio alternativo de control: Los convenios urbanísticos y el planeamiento*. Op. cit. págs. 285 y 286. Véase también su posición en *El arbitraje de Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 78 a 80. En sentido parecido se manifiestan CHILLÓN MEDINA y ESCOBAR ROCA cuando consideran que «un arbitraje obligatorio es una contradicción en sus propios términos. Más aún, significa lisa y llanamente una conculcación palmaria del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tal y como ha señalado en numerosas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional». *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Dykinson. Madrid, 2001. Pág. 231. HUERGO LORA entiende que «el arbitraje debe ser voluntario, es decir, deben ser las partes quienes decidan acudir al mismo y quienes participen, de un modo u otro, en la elección de los árbitros y en la fijación del procedimiento». *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 153. En la doctrina italiana se critica el arbitraje forzoso. Véase Caia, Giuseppe; *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e le tendenze*. A. Giuffrè Editore. Università di Bologna. Milano, 1989. Págs. 183 y ss. La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 127/1977, de 14 de julio, declaró el arbitraje forzoso contrario a los artículos 24 y 102 de la Constitución.

Este ha sido el camino seguido por el legislador español que en el artículo 77 LJCA ha permitido al Juez o Tribunal someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo sobre materias susceptibles de transacción. Este precepto<sup>91</sup>, que supone el avance más importante en esta materia al ser la primera vez que el propio legislador contencioso-administrativo reconoce la posibilidad de acudir a fórmulas extrajudiciales, exige como presupuesto básico el consentimiento de las partes para alcanzar un arreglo amistoso que ponga fin a la controversia.

Por otra parte, parece que los artículos 106.1 y 117.3 C.E. reservan a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el control de la actividad administrativa. Ello implica que la sujeción de la actividad administrativa a la revisión de los Tribunales impide la existencia de actos administrativos exentos de todo control jurisdiccional<sup>92</sup>. En relación con los medios de autocomposición, en donde la solución es alcanzada libremente por las partes, no se plantean especiales problemas de constitucionalidad siempre que éstas hayan acordado el uso de la mediación, la conciliación, la transacción u otra técnica de forma libre y voluntaria, al igual que ocurre con la solución finalmente convenida. Aquí la Administración conserva en todo momento su poder de decisión. Lo que ocurre es que tiene en cuenta las opiniones e intereses de la otra parte cuando manifiesta su voluntad, pero puede retirarse del procedimiento en cualquier momento o negarse a la firma del acuerdo final. En todo caso, debe quedar garantizado un control judicial posterior de la legalidad de las soluciones finalmente adoptadas mediante un recurso de anulación, que permita verificar el respeto al ordenamiento jurídico vigente y el correcto uso de las potestades administrativas. También el poder judicial debe colaborar en el cumplimiento de estos acuerdos garantizando su ejecución. La Administración ha de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), por lo que los Tribunales de Justicia competentes (art. 117.3 C.E.) deberán

---

<sup>91</sup> El DCE nº 503, de 15 de junio de 1995, aprobaba su contenido.

<sup>92</sup> En este sentido Cortada Esteve, Meritxell; *El arbitraje: un medio alternativo en la Justicia Administrativa*. RVAP, nº 51. 1998. Pág. 249.

controlar, mediante este recurso de anulación o la solicitud de ejecución<sup>93</sup>, la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, dando cumplimiento así al artículo 106.1 de nuestra Constitución. Con ello se garantiza el sometimiento de los poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 C.E.).

El problema se presenta especialmente en el caso del arbitraje, donde un tercero ajeno al Orden Contencioso-Administrativo controla directamente la actividad de la Administración, pudiendo imponer su decisión. ¿Hasta qué punto puede la Administración mediante un convenio arbitral eludir tal control judicial y sustituirlo por el de un árbitro ajeno al poder judicial?

Debe tenerse presente que la vigente Ley de Arbitraje, por la que sujetos privados solucionan sus diferencias al margen de los órganos judiciales, es una Ley post-constitucional. El Tribunal Constitucional, (entre otras en sus Sentencias, 174/1995, de 23 de noviembre, y 176/1996, de 11 de noviembre), ha afirmado que el arbitraje voluntario, aquél al que las partes acceden libremente, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 C.E. En concreto, la STC 176/1996 afirma que el arbitraje es un «medio heterónomo 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 derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. 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 ... 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

---

<sup>93</sup> Véanse las páginas 328 a 331.

antes fue debatido en el proceso arbitral».

Tampoco la legislación administrativa se manifiesta en contra de esta posibilidad ya que existen artículos como el 39 LGP/1988, el 7.3 LGP/2003, el 31 LPAP o el 60 LCAP que permiten expresamente el recurso de la Administración a técnicas arbitrales.

No obstante, no debemos olvidar que la Administración no actúa como un sujeto privado, sino que está al servicio de los intereses generales, y por eso los artículos 106.1 y 117.3 C.E. establecen que todo acto administrativo debe ser susceptible de recurso ante un órgano judicial y que por Ley no pueden quedar excluidas determinadas materias del control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Como han manifestado las SSTC 294/1994, de 7 de noviembre, y 136/1995, de 25 de septiembre, los comportamientos de la Administración no pueden quedar completamente inmunes al control judicial. Sin embargo, ello no quiere decir que las partes libre y voluntariamente no puedan someter el asunto a un procedimiento arbitral, pues, si se garantiza tanto un control judicial de la ejecución del laudo como un recurso de anulación por motivos tasados (que asegure el respeto del ordenamiento jurídico y el correcto uso de las potestades administrativas), no se vulnerará el texto de nuestra norma fundamental<sup>94</sup>. No se pretende crear aquí un

---

<sup>94</sup> El Prof. MARTÍN MATEO considera que «es cierto que la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (art. 24.1) y que asigna a éstos el monopolio de la potestad jurisdiccional (art. 117), pero ello no implica que cualquier desacuerdo deba forzosamente pasar por estas instancias para su pacificación». En Prólogo al libro Rosa Moreno, Juan; *El arbitraje administrativo*. Op. cit. pág. XIX. Del mismo modo, el Prof. TORNOS MAS entiende que «el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) y la sumisión de la actuación administrativa a los tribunales (art. 106) impiden crear zonas exentas a la revisión jurisdiccional, pero no se oponen a ofrecer vías complementarias a la solución de los conflictos». En *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. pág. 159. También PAREJO ALFONSO entiende que, si hay un control judicial por motivos tasados y existe una habilitación específica por materias, «nada hay en la CE que impida al legislador ordinario atribuir a la Administración pública potestad para someter los contenciosos que suscite su actividad a arbitraje». *Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo», a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid*. Revista Parlamentaria de la Comunidad de Madrid, vol. I. 1999. Págs. 26 y 27. Si las partes se someten voluntariamente al arbitraje y existen causas tasadas de impugnación de los laudos arbitrales, no se niega el acceso a los Juzgados y Tribunales, ni se impide a éstos controlar la actividad administrativa. Montoya Martín, Encarnación; *Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local*. JA, nº extraordinario (*La reforma del régimen local*). 2000. Págs. 136, 137 y 141. BUSTILLO BOLADO, en cambio, afirma: «existen argumentos en derecho constitucional para defender posturas encontradas, aunque entiendo que en las razones jurídicas contrarias quizá se puedan apreciar más solidez que en las favorables». *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 301 a 307.

reducto inaccesible al control judicial, aunque éste se limite a causas tasadas. La Administración ha de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), por lo que habrán de ser los Tribunales de Justicia competentes (art. 117.3 C.E.) los que deban controlar, mediante este recurso de anulación, la legalidad de la actuación Administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, dando cumplimiento así al artículo 106.1 de nuestra Constitución. Con ello también se garantiza el sometimiento de los poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 C.E.). Ahora bien, para no impedir la operatividad de estas técnicas, este recurso de anulación sólo podrá estimarse cuando sea manifiesta la concurrencia de determinadas causas tasadas<sup>95</sup>.

La amplia experiencia en otros países de nuestro entorno ha revelado que un uso adecuado de los medios alternativos de resolución de conflictos resulta tremendamente positivo en Derecho Administrativo. Además, si tenemos en cuenta el colapso de nuestra Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podemos considerar que estos procedimientos pueden contribuir, indirectamente, a satisfacer el derecho a la tutela judicial y a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24 C.E.). En nuestro país, obviamente, ha de empezarse por hacer un uso prudente y moderado de los mismos, para que sea la experiencia práctica posterior la que oriente, en función de las concretas circunstancias de nuestro Derecho, posibles modificaciones en su régimen jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, hay que decir que el núcleo del problema que plantea admitir la constitucionalidad de un arbitraje administrativo radica en saber si la Administración puede disponer libremente de sus potestades para delegarlas en un tercero y en qué materias se puede recurrir al arbitraje o a otros medios alternativos de resolución de conflictos. Parece, como veremos en el epígrafe siguiente, que el recurso a estos procedimientos será más fácilmente justificable cuando estemos ante cuestiones

---

<sup>95</sup> Sobre esta cuestión véase la página 303.

de carácter técnico, de determinación de cantidad, o de aplicación o interpretación de contratos y convenios administrativos. Por contra, nunca podrá entrarse a discutir la existencia y ejercicio de facultades de carácter estrictamente reglado. Sin embargo, la aplicación del arbitraje puede ser más difícil de justificar en relación con la actuación administrativa derivada del ejercicio de potestades discrecionales, donde la Ley ha permitido a la Administración elegir entre una pluralidad equivalente de soluciones. En el caso de los medios autocompositivos (transacción, mediación o conciliación), donde no existe un tercero que imponga a las partes la decisión última, no se plantea ningún problema, en cuanto la Administración participa directamente en la toma de la decisión final y, por tanto, conserva su capacidad de valoración. Tampoco se cuestiona la aplicación del arbitraje no vinculante, en cuanto la Administración puede adoptar otra decisión distinta de la arbitral y conserva, por tanto, su poder de estimación. No obstante, conviene examinar si la Administración puede remitir a un tercero -árbitro- la solución vinculante de un conflicto producido por una actuación discrecional. Hay que tener en cuenta que los órganos judiciales sólo controlan ciertos aspectos de dichas actividades discrecionales (la desviación de poder, la motivación, la razonabilidad, la proporcionalidad, la igualdad y los elementos reglados de la decisión) y que no pueden sustituir el contenido discrecional de los actos administrativos que anulen (art. 71.2 LJCA), pues ello rompería el equilibrio entre los tres poderes del Estado al permitir al Poder Judicial desempeñar funciones ejecutivas<sup>96</sup>. En consecuencia, en un principio

---

<sup>96</sup> El control judicial de la discrecionalidad administrativa no ha sido una cuestión pacífica en la jurisprudencia o en la doctrina. Entre otros muchos trabajos pueden verse Fernández Rodríguez, Tomás Ramón; *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas. Madrid, 1991. *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*. REDA, nº 76. 1992. Págs. 511 a 531. *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*. REDA, nº 80. 1993. Págs. 577 a 612. *Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*. REDA, nº 83. 1994. Págs. 381 a 401. Delgado Barrio, Javier; *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Civitas. Madrid, 1991. Parejo Alfonso, Luciano; *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Tecnos, Madrid, 1993. Sánchez Morón, Miguel; *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos. Madrid, 1994. *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. En Delgado Barrio, Javier (Dir.); *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 32. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994. Págs. 145 a 162. Más recientemente pueden verse Beltrán de Felipe, Miguel; *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Tecnos. Madrid, 1995. García de Enterría, Eduardo; *Democracia, jueces y control de la Administración*. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 1997. Fernández Rodríguez, Tomás Ramón; *De la arbitrariedad de la Administración*. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 1999. García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. 10ª Edición. Civitas. Madrid, 2000. Págs. 452 a 486. Bacigalupo Saggese,

parece que los árbitros tampoco van a poder sustituir a la Administración en la apreciación o valoración de las circunstancias que conducen a la toma de la decisión discrecional. El control de esta actuación de la Administración debe ser estrictamente jurídico<sup>97</sup> y no puede afectar a sus valoraciones políticas de oportunidad, pues no ha de consistir en una sustitución de una consideración opinable por otra igualmente opinable, lo que implicaría el traspaso al órgano judicial -o arbitral- de una potestad que el legislador ha conferido sólo a la Administración<sup>98</sup>. Por tanto, cuando la Administración ha de manifestar una opinión, en principio un tercero no va a poder sustituirla. Ahora bien, como más adelante se verá, el campo de la discrecionalidad administrativa es uno de los más propicios para la utilización de procedimientos arbitrales y, en general, de los medios alternativos de solución de conflictos. Por ello, cuando la Administración en estos casos se someta voluntariamente a procedimientos arbitrales, estará aceptando la interpretación que el árbitro realice del ejercicio discrecional de su potestad. Es decir, en el convenio arbitral la Administración podrá permitir expresamente que un órgano independiente y especializado considere qué decisión administrativa, entre las que son

---

Mariano; *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Marcial Pons. Madrid, 1997. Desdentado Daroca, Eva; *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. 2ª Edición. Aranzadi. Pamplona, 1999. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 1997. Ponce Solé, Julio; *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Lex Nova. Valladolid, 2001. VV.AA.; *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2003.

<sup>97</sup> SÁNCHEZ MORÓN lo sintetiza diciendo: «el control judicial de la discrecionalidad administrativa sólo se puede extender, aparte los aspectos reglados específicos que resulten de las normas jurídicas aplicables en cada caso y con unas u otras peculiaridades según los supuestos de discrecionalidad, al control de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al del error de derecho que derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto a los principios generales del Derecho, incluido el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales ... Si se constata la infracción de alguno de los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad, el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en realidad se llegue a la conclusión, mediante el razonamiento jurídico, de que sólo hay una solución posible en derecho. Pero esto equivale a decir que la decisión a adoptar en el caso no era discrecional, sino reglada, y que la sustitución de las decisiones administrativas discrecionales por otras decisiones (discrecionales) judiciales no es conforme a la naturaleza y los límites con que se configura la función judicial en nuestra Constitución». En *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Op. cit. págs. 159 y 160.

<sup>98</sup> Así lo manifiesta el Prof. SÁNCHEZ MORÓN en *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Op. cit. págs. 154 y 160 a 162. Véase también la página 122 de su trabajo *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit.

posibles, es la más adecuada en función de las características del asunto concreto (por ejemplo, la fijación de la cuantía concreta de una sanción al particular por daños causados al medio ambiente, con el fin de favorecer su restitución lo antes posible). Estará, por tanto, defiriendo al órgano arbitral su capacidad de valoración y, en consecuencia, su poder de decisión. A la inversa, en dicho convenio, al poder fijar las condiciones en que debe desarrollarse el arbitraje, también podrá impedir al árbitro la entrada en los márgenes de discrecionalidad de la posible decisión administrativa. No obstante, el procedimiento arbitral es mucho más rápido y flexible que un procedimiento judicial y el árbitro puede adaptar mejor su decisión a las circunstancias concretas, por lo que esta limitación no resulta aconsejable, (caso contrario, no se entiende qué interés tiene para la Administración acudir en estas ocasiones a procedimientos arbitrales, lo que resultaría además incoherente). Todo lo anterior tendrá lugar en el caso en que la sumisión de la Administración al arbitraje resulte voluntaria, porque puede ocurrir también que el legislador defina la voluntad de la Administración con el fin de evitar que el arbitraje se convierta en una mera posibilidad teórica, dada la ejecutividad y ejecutoriedad de sus actos. En este segundo caso, el árbitro podrá también entrar a interpretar el ejercicio discrecional de la potestad administrativa. Sería muy positivo, e incluso debería considerarse como normal, que la Administración acudiese voluntariamente al procedimiento arbitral con el ánimo de solucionar la controversia definitivamente. Desgraciadamente, sin embargo, no parece que ésta vaya a ser el comportamiento más frecuente, por lo que el legislador puede verse obligado a exigir a la Administración, en determinados casos, que acuda a procedimientos arbitrales cuando el interesado lo solicite voluntariamente. Como veremos a la hora de examinar el compromiso arbitral, ello no se opone a la doctrina del Tribunal Constitucional que acaba de comentarse, pues el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración existe en tanto ésta actúa como parte en un proceso judicial. Además, la Administración no tiene un interés propio y el legislador puede definir como criterio de interés público que la Administración se someta a un arbitraje obligatorio, pues la Administración no es un sujeto más sino que está obligada a actuar al servicio de los intereses generales.



La solución anterior también es aplicable a los conflictos surgidos por la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. En este segundo caso, la norma no permite, en principio, a la Administración optar por una solución entre varias posibles<sup>99</sup>. Sin embargo, esta misma norma no puede o no quiere concretar más el supuesto de hecho -en raras ocasiones, la consecuencia jurídica- y utiliza un concepto que es genérico e indeterminado, ya que permite distintas interpretaciones, (interés público, urgencia, necesidades del servicio, etc.). En estas circunstancias, para poder desempeñar sus funciones de ejecución, la Administración debe manifestar igualmente un parecer sobre lo que el término que compone la norma quiere decir y ello dará lugar a que la aplicación del precepto legal ofrezca una u otra solución<sup>100</sup>. En otras palabras,

---

<sup>99</sup> Decimos “en principio” porque algunos autores han defendido que la interpretación de un concepto jurídico indeterminado sólo puede conducir a una única solución posible, por lo que la norma excluiría cualquier margen de discrecionalidad en favor de la Administración. Por ello, los Tribunales podrían efectuar un control completo de la actividad administrativa. Por todos véase García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Op. cit. págs. 457 a 459. Esta posición se resume claramente en la STS de 18 de septiembre de 1990 (Ar. 7094) que, al igual que habían hecho otras muchas sentencias anteriores, reconoce, no obstante, un margen de apreciación en favor de la Administración: «La mencionada potestad exige un supuesto de hecho -razones de urgencia o excepcional interés público- que se integra por conceptos jurídicos indeterminados, de suerte que tiene naturaleza reglada: admite una única solución justa, independientemente del margen de apreciación que hay que reconocer a la Administración en razón del halo de dificultad propio de la zona de penumbra que separa las zonas de certeza positiva y negativa».

<sup>100</sup> Por tanto, en función de la interpretación que se haga del precepto legal podrá adoptarse una solución u otra, que si está justificada jurídicamente y es razonable y lógica deberá respetarse por el órgano judicial. Aunque hay discrepancias en la doctrina a este respecto, comparto la opinión del Profesor SÁNCHEZ MORÓN en relación con la naturaleza discrecional de las resoluciones administrativas tomadas a partir de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, pues en función de cómo éstos se apliquen se llegará a una u otra solución jurídicamente aceptable. En *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Op. cit. págs. 116 a 120. A la hora de interpretar el concepto jurídico indeterminado nos encontramos dentro del mundo de lo opinable. Su valoración no sólo depende del caso concreto sino, dentro de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, también del aplicador del Derecho. Lo que para unos puede ser interpretado en un sentido para otros puede tener una valoración distinta, por lo que aquí deberá ser la Administración Pública la que determine si concurren o no las circunstancias necesarias para llevar a cabo una determinada actuación. La jurisprudencia poco más ha podido precisar en este sentido. «La apreciación del interés público determinante de la concesión de un servicio público de transporte por carretera, según la Ley y Reglamento citados, constituye un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado, en cada concreto caso a través de la potestad discrecional de la Administración en la valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto contemplado», (STS, 26 de febrero de 1996, Ar. 2208). Como dice SÁNCHEZ MORÓN en la página 120 de su trabajo «cualquier valoración administrativa que exceda claramente de los límites materiales del concepto, esto es, que incurra en la llamada “zona de certeza negativa” será contraria a derecho, por haber infringido los límites específicos de la discrecionalidad. En cambio, en caso de duda razonable la aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración debe reputarse lícita, sin que pueda el Juez contencioso-administrativo sustituir los criterios valorativos de la Administración por los suyos propios». Véase Sainz Moreno, Fernando; *Conceptos jurídicos: interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas. Madrid, 1976. Quintana López, Tomás; *Responsabilidad patrimonial de la Administración y conceptos jurídicos indeterminados (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996. Aranzadi número 987)*. Poder Judicial, nº 41-42. 1996. Págs. 457 a 466.

el ejercicio de la potestad administrativa estará condicionado por la interpretación que la Administración Pública realice de dicho concepto, lo que hará en función de sus objetivos políticos y de la situación concreta, buscando siempre la defensa del interés general. Por tanto, la consecuencia de esa labor interpretativa es el ejercicio de funciones ejecutivas o de Administración, de las que la Administración será responsable políticamente, tanto si se equivoca como si actúa acertadamente. A través de la interpretación de estos conceptos la Administración está desempeñando su función de administrar y, por ello, si la interpretación resulta aceptable, ni el órgano judicial ni el arbitral pueden interferir en la actuación administrativa, de la que sólo pueden hacer un control jurídico limitándose a comprobar si la decisión respeta o no el ordenamiento jurídico vigente y si es lógica y proporcionada. Ahora bien, al igual que he manifestado anteriormente, considero que la Administración en el convenio arbitral podrá deferir voluntaria y expresamente al árbitro la facultad de interpretar estos conceptos jurídicos que determinan la actuación administrativa. También, el legislador, en determinados casos, podrá fijar la voluntad de la Administración, obligándola a acudir a procedimientos arbitrales y transmitiendo, por tanto, al árbitro la capacidad de interpretar y aplicar en el supuesto concreto estos conceptos jurídicos.

Por tanto, y teniendo en cuenta las precisiones apuntadas, no hay motivos, en mi opinión, que permitan considerar inconstitucional el empleo de otros medios no judiciales de solución de conflictos que afecten a las Administraciones Públicas. El principio de legalidad en la actuación administrativa, previsto en los artículos 103.1 y 106 C.E., queda satisfecho con la garantía de respeto al ordenamiento jurídico y al orden público que se exige en las soluciones adoptadas conforme a estas técnicas. El control judicial limitado de estas soluciones hetero o autocompositivas deberá asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y de los principios del orden público legal y constitucionalmente preservado.

Las reglas 5ª y 6ª del artículo 149.1 C.E. atribuyen al Estado en exclusiva la

competencia sobre la administración de Justicia y la legislación procesal, (SSTC 15/1989, de 26 de enero, 62/1991, de 22 de marzo y 196/1997, de 13 de noviembre). Por ello, la regulación del arbitraje como equivalente jurisdiccional deberá llevarse a cabo por Ley estatal<sup>101</sup>, que conviene que sea específica para el campo administrativo. También la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá ser objeto de las modificaciones y adaptaciones oportunas para hacer posible un ágil y correcto control judicial, tanto de la legalidad como de la ejecución, de los laudos arbitrales y de los acuerdos obtenidos a partir de procedimientos autocompositivos. No cabe duda que la normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa debe permitir el uso de estos procedimientos aceptando modificaciones que permitan la adaptación del sistema contencioso-administrativo y el posterior reconocimiento, auxilio y control judicial de las soluciones obtenidas a través de estas vías complementarias. A lo sumo, una posible intervención del legislador autonómico sólo podría servir para completar las normas estatales en función de las particularidades del Derecho autonómico (149.1.6ª C.E.), ya que como afirma LÓPEZ MENUDO, refiriéndose al arbitraje, «aquí no estamos ante procedimientos administrativos que hayan de adaptarse a la forma de ser de las materias respectivas, o a la estructura de instituciones de autogobierno, sino ante un procedimiento parajudicial de carácter universal y abstraído de asuntos concretos»<sup>102</sup>. En relación con los procedimientos alternativos a la vía ordinaria de recurso administrativo, el artículo 149.1.18ª atribuye al Estado competencia para regular en exclusiva las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo

---

<sup>101</sup> La citada STC 196/1997, de 13 de noviembre, afirma: «la norma recurrida se inserta también a efectos competenciales, en el ámbito de la “legislación procesal” (art. 149.1.6ª CE) y en el de la “Administración de Justicia” (art. 149.1.5ª CE), como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, pues “siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia” (SSTC 15/1989 -la sentencia habla erróneamente de la STC 15/1987-, fundamento jurídico 9.b); 62/1991, fundamento jurídico 5)».

<sup>102</sup> *Arbitraje y Derecho Público*. Op. cit. pág. 15. En contra se manifiesta TRAYTER JIMÉNEZ quien entiende que, dictada una norma estatal general, las Comunidades Autónomas, en materias sectoriales de su propia competencia, podrán someter ciertas cuestiones a arbitraje y regular los elementos que crean necesarios sobre dicha institución. *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas*. Op. cit. págs. 60 y 61.

común. Aquí, por tanto, parece que las Comunidades Autónomas podrán completar dicha normativa para adaptarla a las especialidades derivadas de las materias de su competencia<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> Véase la página 250.



## **CAPÍTULO III. ÁMBITO MATERIAL.**

Ya hemos dicho que cuando la Administración actúa sometida a las normas de Derecho Privado, puede -previa autorización del órgano competente- negociar, transigir o acudir a procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje en los mismos términos que un particular, pues no actúa revestida de sus potestades públicas (art. 2.2 LRJ-PAC). Únicamente, los llamados “actos separables”<sup>104</sup> podrán ser objeto de control contencioso-administrativo y, eso sí, toda la actuación administrativa habrá de estar orientada a la satisfacción de los intereses colectivos, pues el art. 103.1 C.E. no realiza distinción alguna en función del tipo de actividad de la Administración. Sin embargo, cuando la Administración actúa como persona de Derecho Público, entonces su actuación viene determinada por las normas jurídicas en orden a satisfacer los intereses generales y no otro tipo de intereses, aunque sean lícitos. Por ello, la Administración no goza de autonomía de la voluntad, sino que se halla sometida a los principios de legalidad y

---

<sup>104</sup> Así, dando cumplimiento al artículo 39.1 LGP/1988, el Real Decreto-Ley 4/1993, de 26 de marzo, autorizaba, en un supuesto de responsabilidad civil subsidiaria del Estado, un convenio transaccional, en virtud del cual el Gobierno intentaba reparar en el plazo más breve posible, las consecuencias de la rotura de la Presa de Tous, debido a que las precarias situaciones económicas generadas para muchos de los damnificados se hacían ya insostenibles. A cambio, las personas que se acogiesen al citado convenio debían renunciar a toda reclamación indemnizatoria contra cualquier Administración Pública o contra sus funcionarios. Más recientemente, el Real Decreto-Ley 6/2002, de 4 de octubre, autorizaba al Ministro de Hacienda a celebrar, con ciertos límites, acuerdos transaccionales entre el Estado Español, el Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación de Hidrocarburos de 1971 y los perjudicados por el siniestro del buque “Mar Egeo”, ya que en ese momento habían pasado más de 10 años desde el siniestro sin haberse cuantificado las responsabilidades civiles ni preverse el final del proceso. El DCE nº 1.984, de 29 de julio de 1999, se ocupa de autorizar una transacción relativa a un contrato de compraventa de un inmueble y a su precio, con la que las partes intentan poner fin a más de diez años de controversia ante los Tribunales.

buena administración en su actuación<sup>105</sup>. Por, ello cabe preguntarse en qué materias puede la Administración someter la resolución de conflictos a estos procedimientos complementarios de la vía judicial. Las normas jurídicas no concretan todas y cada una de las posibilidades de actuación de las Administraciones sino que permiten en ciertas materias que éstas cuenten con libertad para disponer lo que, motivadamente y buscando la satisfacción del interés público, consideren más oportuno. Lo mismo ocurre en aquellos casos en que la definición de ciertas situaciones fácticas, -necesaria para conocer cuál es la norma aplicable-, es difícil y controvertida. Por tanto, no toda la actividad administrativa está rigurosamente predeterminada por las normas jurídicas ni la función de administrar consiste en una pura aplicación del Derecho, pues, en muchas ocasiones, dentro de la legalidad tienen cabida diversas opciones o han de tenerse en cuenta circunstancias que impiden reducir el conflicto a términos de estricta legalidad. Se puede hablar aquí de lo que el legislador ha denominado, en los artículos 88.1 LRJ-PAC y 77.1 LJCA, “materias susceptibles de transacción”. El principio de eficacia en la actuación administrativa permite en estos ámbitos la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos.

Algunos autores ya han señalado la posibilidad de pactar sobre el ejercicio de potestades administrativas, con algunas excepciones<sup>106</sup>. Sin embargo, la introducción de estos procedimientos alternativos de resolución de conflictos debe hacerse de forma prudente y progresiva, comenzando por el abanico de materias que aceptan claramente la utilización de estos mecanismos. Será la experiencia posterior la que vaya indicando la evolución en este sentido. Entre las materias especialmente idóneas o susceptibles de ser objeto de uno de estos procedimientos podemos encontrar las siguientes:

---

<sup>105</sup> Rosa Moreno, Juan; op. cit. págs. 78 y 79. Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 83, 84 y 313 a 317.

<sup>106</sup> Huergo Lora, Alejandro; *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Op. cit. Este autor recuerda en las páginas 250 y 251 de este trabajo que «la prestación de la Administración no es nunca la transmisión de la potestad o la renuncia definitiva al ejercicio de la misma. No hay nunca, por tanto, un acto de disposición en sentido estricto sobre la potestad objeto del contrato». Parejo Alfonso, Luciano; *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Op. cit. págs. 156, 157 y 198.

1.- La actividad discrecional de las Administraciones Públicas, especialmente en aquellos asuntos en que la complejidad técnica es elevada, que constituye uno de los ámbitos más importantes de utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, donde el margen de negociación de la Administración viene dado por las distintas alternativas lícitas de la acción administrativa. Cuando una Administración opta, razonadamente y buscando el beneficio máximo del interés público, por una solución lícita entre varias posibles, está desempeñando su función de administrar de acuerdo con la opción política que representa para ajustar su acción a las demandas de la sociedad a la que sirve<sup>107</sup>. Sin embargo, estas actuaciones en las que la Administración cuenta con facultad de valoración y elección (elaboración y aprobación de planes urbanísticos o de trazados de carreteras, por ejemplo) plantean a menudo numerosas controversias con los administrados, e incluso con otras Administraciones, y acaban colapsando los Tribunales de Justicia. Tampoco es excepcional que la Administración utilice su potestad discrecional de forma abusiva, fraudulenta o poco acertada, lo que ha obligado a los Tribunales a anular las resoluciones administrativas contrarias al artículo 9.3 C.E., ya que discrecionalidad no es arbitrariedad<sup>108</sup>. Otras veces, los actos discrecionales plantean complejas cuestiones técnicas y en muchas ocasiones dan lugar a contratos o a convenios administrativos (por ejemplo, convenios urbanísticos) no siempre pacíficos. En todos estos casos y debido a que la norma no predetermina por completo el criterio de la Administración, ésta podrá tener en cuenta el punto de vista de la parte contraria y de especialistas imparciales en la materia para tomar la decisión final dentro de los límites generales que vienen impuestos por nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, ante una controversia surgida en este ámbito las partes pueden acudir

---

<sup>107</sup> En este sentido Sánchez Morón, Miguel; *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Op. cit. págs. 149 a 152.

<sup>108</sup> Véase la nota 96. Las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa se asientan en la censura de la irracionalidad o falta de proporcionalidad de la decisión. Entre otros muchos puede verse Sánchez Morón, Miguel; *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Op. cit. págs. 153 a 157.



a un arreglo amistoso, intentando buscar la mejor solución posible al problema<sup>109</sup>. En relación con el arbitraje administrativo vinculante hemos de señalar, como hemos visto en el epígrafe anterior, que el legislador podrá obligar a la Administración, en determinados casos, a acudir a procedimientos arbitrales, pudiendo el árbitro sustituir a la Administración en la valoración del margen de discrecionalidad que conduce al ejercicio de la potestad administrativa. En el resto de los casos, el árbitro sólo podrá pasar de un control jurídico a un control sobre la oportunidad de la decisión si la Administración en el convenio arbitral autoriza expresamente esta posibilidad, pues -al igual que los órganos judiciales- carece de poder de sustitución de las decisiones administrativas discrecionales. Lo que en ningún caso resultará posible es la alteración de los aspectos reglados de la decisión discrecional, ámbito que queda vedado a las técnicas autocompositivas o heterocompositivas de resolución alternativa de conflictos administrativos, pues la Administración ha de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al Derecho (arts. 9.1 y 103.1 C.E.)<sup>110</sup>.

2.- La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, que habitualmente condiciona el ejercicio de una concreta actividad administrativa. El presupuesto de aplicación de la norma y por tanto de la posterior actuación administrativa descansa en

---

<sup>109</sup> En todo caso, la Administración sigue estando obligada a motivar su decisión en el documento que, dentro del procedimiento autocompositivo, ponga fin a la controversia, pues su actuación ha de perseguir siempre lo mejor para el interés general. Ténganse en cuenta las consideraciones de HUERGO LORA en *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Op. cit. págs. 200 a 207.

<sup>110</sup> En sentido parecido se muestra TRAYTER cuando dice: «En principio, el hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje será el de los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración. Sin embargo, no podrá nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales (sean actos, reglamentos o planeamiento urbanístico) en sus aspectos también reglados (órgano competente, procedimiento, estándares urbanísticos, etc.) ... En definitiva, según nuestra opinión, tanto la Ley general que regule, en el futuro, el procedimiento arbitral como las leyes sectoriales deberían prever el arbitraje, inicialmente, para las actividades básicamente convencionales, exceptuando de ellas sus aspectos reglados». *El arbitraje de Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 81, 95 y 96. En contra parece manifestarse GONZÁLEZ PÉREZ al afirmar que «ha de rechazarse la fórmula a veces propuesta consistente en vincular el ámbito de la transacción con el de la discrecionalidad, excluyendo cualquier actuación reglada de las Administraciones Públicas. Ya que en el ejercicio de las que se han considerado potestades regladas se producen -y no precisamente con carácter excepcional- transacciones». *La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. RAP, nº 145. 1998. Págs. 16 y 17.

la interpretación de un concepto jurídico indeterminado. Normalmente, esta actuación de la Administración provoca conflictos jurídicos importantes, incluso a veces un fuerte rechazo popular<sup>111</sup>. Por ello las técnicas de mediación, conciliación o transacción son aquí muy útiles, pues en muchas ocasiones existe una pluralidad de intereses enfrentados que todas las partes han de comprender para una adecuada resolución del asunto, la cual vendrá dada por la interpretación que se dé al precepto. También el arbitraje puede ser de gran ayuda, aunque aquí deben tenerse presentes las observaciones apuntadas al final del epígrafe anterior. Cuando la Administración recurre a fórmulas autocompositivas, mantiene su poder de decisión. Sin embargo, cuando se acude a un proceso judicial o a un arbitraje vinculante el tercero que ha de dirimir el asunto no puede, en principio, sustituir la valoración que la Administración realice del precepto, salvo que se demuestre que ésta es ilícita por encontrarse fuera del contenido del concepto<sup>112</sup>. Por tanto, salvo que la Administración en el convenio arbitral autorice expresamente al árbitro a valorar el contenido del precepto (lo que será lo normal) o el legislador imponga a la Administración el procedimiento arbitral, éste no deberá interferir en la labor interpretativa de la Administración, pues entonces estaría desempeñando funciones ejecutivas. En un principio parece que los medios alternativos de resolución de conflictos pueden ser de gran ayuda para solucionar estas cuestiones interpretativas o valorativas, ya que permiten a las partes conocer mejor los intereses implicados y la situación real, antes de emitir su decisión.

### 3.- Las materias de determinación de cantidad (fijación de deudas tributarias,

---

<sup>111</sup> Puede tomarse como ejemplo la interpretación de los términos “urgencia” y “excepcional interés público”, que dan lugar a la aplicación del artículo 244.2 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Basándose en este precepto, el Gobierno de la Nación impuso la construcción de un almacén de residuos radiactivos dentro de la Central Nuclear de Trillo, lo que suscitó una gran oposición popular y dio lugar a un importante conflicto jurídico. Véase al respecto del Otero Alonso, Jesús; *Estudio del artículo 244.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, a la luz del conflicto sobre el almacén de residuos radiactivos de la Central Nuclear de Trillo*. RJCM, nº 33. 2002. Págs. 139 a 169.

<sup>112</sup> Si los Tribunales se pronuncian anulando la interpretación enjuiciada, porque se ha demostrado que no es razonable ni adecuado admitir que se dan en el caso concreto las circunstancias a las que el concepto hace referencia, podrán aplicar la consecuencia jurídica que prevea la norma para ese supuesto, siempre claro está que la misma tenga carácter reglado. Ya no existe aquí un problema de sustitución de la decisión -de la función ejecutiva- de la Administración, sino de aplicación de la norma, donde sí pueden entrar los Tribunales.

indemnizaciones ante responsabilidad de las Administraciones Públicas<sup>113</sup>, valoraciones, determinación de la cuantía de justiprecios, sanciones, subvenciones, etc.).

4.- Cuestiones de complejidad técnica cuya solución condiciona la aplicación de la norma, (protección del medio ambiente, planeamiento urbanístico y su ejecución, edificación -declaración de ruina o control municipal del técnico redactor de un proyecto, lo que en supuestos dudosos es objeto de impugnación constante<sup>114</sup>-, etc.).

5.- La determinación de cuestiones de hecho, donde el problema no se suscita por la normativa a aplicar, que está clara, sino porque no han quedado suficientemente fijados las circunstancias que dan lugar a la aplicación de la norma.

6.- Los conflictos que surjan sobre la interpretación de contratos y convenios que celebre la Administración con los particulares (contratos de obra pública, acuerdo sobre el contenido de una resolución administrativa, convenios urbanísticos, conciertos educativos o sanitarios, etc.), o que se deriven de convenios suscritos entre Administraciones Públicas (arts. 145.2 C.E., 57 LBRL y 6 LRJ-PAC). Las partes discrepan del contenido de lo acordado, sin perjuicio de su interés por seguir manteniendo la relación establecida<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> El párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ y el art. 2.e) LJCA atribuyen a la Jurisdicción Contenciosa el conocimiento de cualquier demanda de responsabilidad que se dirija, con carácter principal o subsidiario, contra cualquier Administración Pública (con la única excepción de las demandas de responsabilidad civil subsidiaria derivadas de delito), y ello aunque también se pida la responsabilidad de sujetos privados. Téngase en cuenta además, que la concurrencia de los requisitos necesarios para que se produzca dicha responsabilidad queda al margen de la disposición de las partes.

<sup>114</sup> Podría, por ejemplo, en este caso someterse el conflicto a un panel arbitral compuesto por técnicos jubilados, que cuenten con independencia y experiencia, y que sean propuestos y seleccionados por los Colegios Profesionales.

<sup>115</sup> Tornos Mas, Joaquín; *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. pág. 176. En relación con los contratos TORNOS ha precisado que «mientras que los conflictos relativos al proceso de adjudicación difícilmente pueden resolverse arbitrariamente por la presencia de terceros y de intereses públicos generales, los conflictos que se susciten en la vida del contrato son los que de modo más adecuado pueden resolverse por vía arbitral. El árbitro no enjuiciará en este caso el ejercicio de una potestad administrativa unilateral, sino el contenido de un negocio contractual ... No hay sustitución en el ejercicio de potestades unilaterales de la Administración y, por tanto, la resistencia a la técnica arbitral debe ser mucho menor». *Actuaciones relativas a la contratación*. En Gómez-Ferrer

7.- Las divergencias que envuelven multitud de intereses económicos o sociales distintos (ubicación de instalaciones nucleares, vertederos, cárceles, grandes depósitos de combustible etc.), donde una mediación o una conciliación que ayude a las partes a transmitir sus necesidades e intereses y a entender los de la parte contraria, puede contribuir a reconducir los debates, a reducir el enfrentamiento y a lograr una solución más aceptada y justa.

8.- Los conflictos que producen graves daños al sector público (huelgas de funcionarios, o de empleados privados de empresas que se encargan de la gestión de un servicio público -autobuses, ambulancias- etc.). Es el interés general el que obliga a la Administración a intervenir como parte (huelgas de funcionarios) o a promover un arreglo rápido y amistoso entre trabajadores y empresa concesionaria de un servicio público.

En Derecho Administrativo, los medios alternativos de resolución de conflictos son especialmente idóneos para resolver disputas con un importante componente técnico o económico, o en las que la Administración realiza una actuación discrecional: medio ambiente, responsabilidad de las Administraciones Públicas, expropiación forzosa, ordenación del territorio, urbanismo y edificación, empleo público, tributos, y contratos de las Administraciones Públicas<sup>116</sup>.

---

Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 289. No debe olvidarse que en los contratos sometidos al régimen de la LCAP la Administración cuenta con la potestad de interpretar unilateralmente los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (art. 59 LCAP). Esta no es la solución deseable para el resto de acuerdos o convenios que lleve a cabo la Administración con los particulares, pues la igualdad y la participación de todas las partes favorecerá el cumplimiento de la decisión final. Incluso, como hemos manifestado anteriormente, en los contratos administrativos el artículo 59 obliga a dar audiencia en el expediente al contratista, ocasión que debe aprovechar la Administración para tomar en cuenta realmente su opinión.

<sup>116</sup> En los informes del Consejo General del Poder Judicial sobre la actividad de Juzgados y Tribunales desde 1999 a 2001 encontramos como las materias que más litigiosidad presentan son las sanciones administrativas, las cuestiones de personal, los problemas tributarios, el urbanismo y la expropiación forzosa, ([www.poderjudicial.es/organosjudiciales/](http://www.poderjudicial.es/organosjudiciales/)). En Portugal, dentro de las materias que pueden ser objeto de arbitraje destacan los contratos públicas, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, el empleo público o el urbanismo (arts. 180.1 y 187.1 de la Ley 15/2002, de 22 de febrero, que aprueba el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos).

Cualquier regulación de estos procedimientos deberá ser prudente a la hora de definir su ámbito material, que únicamente podrá ampliarse en función de las experiencias producidas tras su puesta en práctica. Si existe duda, habrá de optarse por la vía judicial, pero cuando se cuente con datos reales sobre el funcionamiento, la operatividad y, sobre todo, la utilidad y eficacia de estas técnicas deberá definirse con mayor precisión el objeto de las vías alternativas de resolución de conflictos.

El recurso a estos medios debe, pues, realizarse siempre desde el respeto a un ámbito material intocable en este tipo de procedimientos, pues en él radica la base del régimen jurídico de nuestras Administraciones Públicas de acuerdo con su configuración constitucional. La solución de un tercero o el acuerdo de las partes intentando poner fin a un conflicto jurídico-administrativo no puede en ningún caso afectar a<sup>117</sup>:

1.- La existencia de las potestades públicas con que cuenta la Administración y que la permiten desempeñar sus funciones al servicio de los intereses generales. No se puede cuestionar una posible privación a la Administración de sus potestades (organización, expropiación, inspección y control, sanción, planificación, etc.), que son *res extra commercium*<sup>118</sup>. Lo que la Administración sí podrá hacer voluntariamente es modular su ejercicio llegando a acuerdos con los administrados o sometiendo sus

---

<sup>117</sup> El Prof. PÉREZ MORENO presenta una propuesta concreta sobre la delimitación material de las fórmulas alternativas (tanto la conciliación, como la mediación y el arbitraje) considerando que, con carácter general, «deberían excluirse aquellas materias que por su propia naturaleza deberían reservarse a los controles administrativos o, en su caso, jurisdiccionales directos y plenos. Me refiero a las cuestiones sobre derechos fundamentales, potestades administrativas, valoraciones directas del interés general, sanciones, y, en general, el ejercicio de funciones de autoridad». Dentro de las materias que podrían ser sometidas a estos procedimientos, señala: las susceptibles de transacción; la fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates; la determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminados; la interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales; 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; y las demás que se establezcan en normas legales. *Justicia Administrativa y fórmulas alternativas*. Op. cit. págs. 15 y 16.

<sup>118</sup> La LORDP excluye de la negociación colectiva de los funcionarios públicos las materias que afecten a potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos (art. 34.1). Entre otros muchos ejemplos, también podemos recordar el art. 12 LRJ-PAC, que recoge el principio de la irrenunciabilidad de la competencia por los órganos administrativos que la tengan atribuida.

diferencias a un procedimiento arbitral, aunque con la condición de no afectar con ello al régimen jurídico básico de dichas potestades, pues, en caso contrario, se estaría vulnerando el ordenamiento jurídico y cuestionando la existencia del propio Derecho Administrativo. Por tanto, la Administración podrá, si así lo decide, acudir a procedimientos distintos del judicial en relación con cuestiones interpretativas sobre el ejercicio de dichas potestades o sobre sus efectos (cuantías, formas de pago, etc.), pero la titularidad y el control sobre el ejercicio de las mismas corresponderá en todo momento a la Administración en los términos establecidos por el ordenamiento, y ello sólo será supervisable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.- Igualmente, los elementos reglados de toda decisión administrativa resultan intocables en los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos administrativos. Por tanto, la Administración no podrá transigir o negociar cuando esté obligada a ejercer potestades estrictamente regladas, pues la solución legal es una sola. La Administración sirve con objetividad los intereses generales actuando con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), ya que todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 C.E.). Por ello, no puede intentar eludir el contenido de las normas jurídicas a través de este tipo de procedimientos<sup>119</sup>. Precisamente, el respeto del ordenamiento jurídico ha de ser uno de los límites que los Tribunales de Justicia deben controlar si se impugnan o se intentan ejecutar las soluciones alcanzadas a través de estos sistemas alternativos. Dicho control judicial intenta garantizar la legalidad de la actuación Administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, dando cumplimiento así al artículo 106.1 de nuestra Constitución. Con ello se garantiza el sometimiento de los poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 C.E.). En cambio, sí se puede alcanzar un arreglo sobre cuestiones de interpretación, de determinación de hechos o de ejecución

---

<sup>119</sup> DELGADO PIQUERAS añade que no se puede alterar por vía negociada los aspectos reglados de la potestad administrativa «so pena de incurrir en el supuesto de derogación singular» (art. 52.2 LRJ-PAC). En *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Op. cit. pág. 209.

de las potestades regladas, donde, incluso, podría resultar posible un arbitraje. También es posible pactar sobre los aspectos discrecionales de la decisión, (como por ejemplo, la indemnización que procede por el funcionamiento anormal de los servicios públicos o la cuantía de la sanción que corresponde por la infracción de los deberes urbanísticos por los responsables)<sup>120</sup>. Sin embargo, lo que no puede evadirse es la determinación de la responsabilidad administrativa o la existencia de la infracción urbanística cuando ello proceda, ya que las partes no pueden desconocer el contenido de las normas jurídicas y, por tanto, la voluntad de los ciudadanos de los que éstas indirectamente emanan. El desarrollo de los procedimientos de arbitraje, mediación, conciliación o transacción no puede prescindir de los aspectos reglados de la actividad administrativa.

3.- El reconocimiento y ejercicio de los Derechos Fundamentales, que nunca pueden alterarse por los particulares. El Tribunal Constitucional, desde el inicio de su actuación, se ha encargado de definir el contenido y las formas de ejercicio de los derechos y libertades de todos los españoles y extranjeros, consagrados en nuestra Constitución. Estamos ante derechos inalienables, imprescriptibles e irrenunciables que garantizan el respeto y permiten el desarrollo de todo ser humano. El artículo 62.1.a) LRJ-PAC considera nulos de pleno derecho los actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Esta consecuencia se predicará igualmente de las soluciones extrajudiciales que atenten contra dichos derechos y libertades. Sin embargo, cuando la vulneración de determinados derechos (como el honor, la intimidad personal o familiar, o la propia imagen) comporte la obligación de indemnizar, las partes podrán llegar a una solución amistosa sobre dicha indemnización. El artículo 114.1 LJCA considera aplicables las normas generales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en defecto de lo dispuesto en los artículos 114 a 122, de dicha Ley, que regulan el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (recogidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 C.E.).

---

<sup>120</sup> Tenganse en cuenta las explicaciones anteriores relativas a la aplicación del arbitraje a los problemas sobre elementos discrecionales de la decisión administrativa.

Por ello pueden ser de aplicación en este punto los artículos 77 y 113 LJCA, sobre arreglos amistosos celebrados a instancia del órgano judicial. En lo referente a la protección internacional de los derechos humanos, especialmente a nivel europeo, se prevé como más deseable siempre el acuerdo que el litigio, proponiendo el Tribunal a los interesados la posibilidad de alcanzar un arreglo amistoso del caso a través de un procedimiento confidencial, cuyo éxito conlleva la cancelación del asunto en el registro de entrada mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada, (arts. 38 y 39 del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales)<sup>121</sup>. Por otra parte, tampoco el reconocimiento y ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante la Administración es susceptible de negociación o renuncia, (por ejemplo, el ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos, art. 34.1 LORDP, los derechos que garantizan el correcto desarrollo del procedimiento administrativo, artículos 35 a 37 LRJ-PAC, etc.), puesto que ello sería manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico y produciría un desequilibrio entre las partes, lo que vulnera claramente los principios inspiradores de lo que se ha venido a denominar movimiento *ADR*.

4.- La impugnación de disposiciones generales (art. 26 LJCA), que por su importancia debe quedar reservada al Orden Contencioso-Administrativo. Sobre esta cuestión ha precisado GARCÍA MANZANO<sup>122</sup>, refiriéndose al art. 77 LJCA, que esta materia «ha de quedar excluida en principio de transacción judicial (que, hemos de recordar, implica como elemento definidor las recíprocas concesiones de las partes), en

---

<sup>121</sup> Mediante Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, se hicieron públicos los textos refundidos del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952; y el protocolo número 6 relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Véase sobre este punto Loperena Rota, Demetrio; op. cit. págs. 95 a 105. Véase también el DCE n° 715, de 12 de mayo de 1994.

<sup>122</sup> *Terminación del Procedimiento*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dirs.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 367. Este autor precisa que «dada su naturaleza normativa, la impugnación de Planes y demás instrumentos de ordenación urbana debiera también quedar extramuros de una eventual transacción judicial. No así cuando el objeto del recurso contencioso-administrativo son los propios convenios urbanísticos, o los actos administrativos producidos en el ámbito de la ejecución del planeamiento o de la disciplina urbanística, si bien, sobre todo en este último campo, habría que matizar en función de las singularidades del caso».



cuanto mediante la emanación de éstas, el gobierno y las Administraciones públicas conforman el Ordenamiento jurídico mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, siendo así que el interés público de la materia trasciende la concreta controversia».

5.- La titularidad de los bienes de dominio público y los comunales, que en virtud del artículo 132 C.E. son inalienables, inembargables e imprescriptibles. No se puede alterar la naturaleza pública de estos bienes a través de un modo alternativo de resolución de conflictos. Por ello, únicamente podrán realizarse convenios autocompositivos en relación con los bienes patrimoniales de la Administración. De la misma manera, sólo podrán someterse a arbitraje litigios relacionados con estos bienes patrimoniales. Salvo los bienes integrantes del demanio natural, cuya afectación al dominio público se produce *ope legis*, o el supuesto excepcional de los artículos 370 y 372 C.c., que establecen que los cauces abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas pertenecen a los propietarios de los terrenos ribereños, los bienes de dominio público pueden ser objeto de un acto administrativo de desafectación (expresa, presunta o por actos concluyentes), situación jurídica que provoca que el bien deje de pertenecer al dominio público, se convierta por tanto en patrimonial y pueda enajenarse<sup>123</sup>. Sólo, pues, se pueden alcanzar soluciones mediante procedimientos de arbitraje, transacción, mediación o conciliación sobre los asuntos que afecten a la titularidad de bienes patrimoniales de la Administración, siendo necesaria para su enajenación la autorización del órgano competente<sup>124</sup>. Ahora bien, sí parece posible la

---

<sup>123</sup> Hasta que dicha desafectación se produzca, cualquier decisión administrativa en contrario debe reputarse nula de pleno derecho, pues su objeto sería ilícito y su contenido imposible -art. 62.1.c) LRJ-PAC-. Sobre el régimen jurídico de los bienes de dominio público véase Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Tecnos. Madrid, 1997.

<sup>124</sup> Me parece, de momento, poco prudente transigir sobre bienes de dominio público debiendo desafectarlos en un futuro para llevar a cabo lo dispuesto en el convenio. LOPERENA ROTA apunta esta posibilidad poniendo el ejemplo de la Ley 6/1996, de 8 de julio, de la Comunidad de Madrid por la que esta Comunidad y el Canal de Isabel II convenían un pago en especie para cancelar la deuda existente con bienes que habían estado afectados al dominio público de la Comunidad de Madrid. Loperena Rota, Demetrio; op. cit. págs. 139 a 144. Los artículos 116.1 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de régimen de la Administración Local en Navarra, y 30 a 32 del Decreto Foral 280/1990, de 18 de octubre, por el que se aprueba en esta Comunidad el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, instan a celebrar convenios transaccionales sobre bienes comunales para evitar pleitos, para lo que se requiere previa y expresa aprobación del Gobierno de Navarra. El art. 4 de la Ley 1/1993, de 23 de marzo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja dispone: "Los bienes de dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables,

utilización de este tipo de vías alternativas para la resolución de conflictos derivados de procedimientos de deslinde del dominio público, siempre, claro está, que se respeten las normas jurídicas que lo definen y protegen. La potestad de deslinde es una prerrogativa de la Administración que le permite delimitar, mediante las operaciones técnicas necesarias, la finca o el bien público de que se trate, con el fin de mantenerlo en su integridad dentro del patrimonio público, cuando los límites sean imprecisos o dudosos o existan indicios de usurpación<sup>125</sup>. De este modo, el deslinde sólo precisa la extensión del dominio público que ya está determinado por la Ley o por un acto previo de afectación. El acto administrativo de deslinde puede ser impugnado por los interesados ante los Tribunales ordinarios, pero dada su naturaleza técnica, puede buscarse una solución a la controversia ante terceros neutrales y especializados. Cuando ello tenga lugar, no podrá llegarse a soluciones contrarias al ordenamiento jurídico, pues se trata precisamente de buscar su cumplimiento. También podrá intentarse poner fin, en estos últimos términos, a las cuestiones litigiosas surgidas de la utilización de los bienes de dominio público mediante estos procedimientos alternativos, (por ejemplo en problemas derivados de servidumbres o del pago de los cánones y precios públicos).

6.- Las cuestiones sobre las que haya recaído sentencia judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución (plazos, formas de pago, etc.)<sup>126</sup>, que pueden intentar solucionarse extrajudicialmente. En vía de ejecución de sentencia resultará aplicable en todo caso el régimen previsto en los artículos 103 a 113 LJCA.

---

no pudiendo, por tanto, ser objeto de gravamen, carga, afección, transacción o arbitraje". En el mismo sentido, entre otros, los artículos 8 de la Ley 3/1985, de 12 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma Gallega, 19 de la Ley 6/2001, de 1 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, y 11 de la Ley 6/1987, de 7 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León. En el resto de Comunidades las transacciones y arbitrajes sólo se permiten respecto de los bienes y derechos patrimoniales. Véanse las notas 190 y 250.

<sup>125</sup> Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Op. cit. pág. 67.

<sup>126</sup> En este sentido se pronunciaba el art. 2.1.a) LARB/88. El actual 2.1 LARB se limita a decir que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho". A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 17 de junio de 1999 condenaba al Ayuntamiento de Guadalajara a indemnizar a los propietarios de un inmueble que había sufrido graves daños como consecuencia de unas obras municipales. La cuantía de la indemnización debía determinarse en la fase de ejecución de sentencia. El Pleno del Ayuntamiento aprobó un convenio extrajudicial con los propietarios sobre la cuantía y el pago de la indemnización.

7.- Los asuntos en que se conozca que existen intereses legítimos afectados y éstos no se encuentren representados en el procedimiento. En estos casos no resulta aconsejable acudir a otros procedimientos de solución de conflictos administrativos porque, precisamente, el perjuicio para intereses de terceros va a ser una de las causas de anulación de la solución obtenida. Con ello se evita el riesgo de una utilización inadecuada y desviada de estas técnicas<sup>127</sup>.

8.- Los asuntos en que existan complejos y relevantes problemas jurídicos, y cuya resolución sea de extraordinaria importancia para el interés general o pueda servir de importante precedente para cuestiones similares que surjan en el futuro. En estos casos, por la importancia del asunto y en tanto no se cuente con una mínima experiencia práctica sobre estos procedimientos, será mejor que se proceda a su resolución judicial. No obstante, para aspectos concretos del pleito, (identificación de hechos, determinación de cantidad o aclaración de cuestiones técnicas), el Juez o Tribunal podrá remitirse a procedimientos alternativos en la búsqueda de una mayor especialización.

---

<sup>127</sup> Téngase en cuenta que el art. 180.2 de la Ley 15/2002, de 22 de febrero, por la que se aprueba en Portugal el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos, impide el sometimiento a arbitraje de toda controversia en la que existan interesados, salvo que éstos acepten el compromiso arbitral. Como ejemplo ilustrativo BUSTILLO BOLADO señala el de la impugnación de una convocatoria de oposiciones, que se trata de un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos, y en el que «la tutela judicial efectiva de todos y cada uno de los potenciales recurrentes, cuya voluntad sería necesaria para fundamentar un convenio arbitral, excluiría una posible composición arbitral. ... aunque en el Derecho Privado al necesitarse un derecho subjetivo para actuar, las partes suelen estar por lo general bien identificadas, en Derecho Administrativo sucede que al bastar un mero interés legítimo, los contornos de la legitimación se expanden y el número de posibles legitimados con quienes hay que contar para no conculcar su derecho a la tutela judicial efectiva se multiplica». En *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 315 a 137.

## **CAPÍTULO IV. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

Comenzamos un análisis general de las diferentes técnicas de solución de conflictos administrativos que pueden suponer una opción distinta de la que representan los recursos administrativos ordinarios o los recursos contencioso-administrativos. Para una mejor comprensión de su funcionamiento podemos aquí hacer una doble clasificación de estos procedimientos distinguiendo entre:

- Procedimientos heterocompositivos o autocompositivos. En los primeros (arbitraje o tribunal mixto), el asunto se somete a la decisión vinculante de un tercero, mientras que en los segundos (transacción, conciliación, mediación o arbitraje no vinculante) son las partes las que en todo momento tienen el control de la solución final, aunque pueda producirse la intervención de un tercero sin facultades decisorias. Por ello, en estos últimos no se garantiza la resolución del conflicto.

- Procedimientos alternativos a la vía de recurso administrativa ordinaria (art. 107.2 LRJ-PAC) o procedimientos alternativos a la vía judicial cuando se ha agotado la vía administrativa previa. Los primeros han de intentar evitar, no sólo la vía administrativa de recurso, sino también la judicial, solucionando definitivamente la controversia. Dentro del segundo supuesto habrá que tener en cuenta que éstos podrán celebrarse completamente al margen del proceso judicial o bien dentro de éste, a instancia del órgano judicial o a petición de las partes, con el fin de solucionar la controversia lo más rápidamente posible (art. 77 LJCA).

Pese a la existencia del arbitraje, la conciliación, la mediación o la transacción en el Derecho Privado, donde podemos encontrar regulaciones específicas, la existencia de vías alternativas en el Derecho Administrativo tiene una sustantividad propia. El Derecho Privado podrá aplicarse de forma supletoria a cualquier regulación que sobre esta materia pueda llevarse a cabo en un futuro, siempre, claro está, en lo que no resulte incompatible con el espíritu y finalidad de las normas que rigen el funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en especial, con la defensa del interés público y las garantías de los administrados.

Antes de analizar el tratamiento de estas figuras en Derecho Administrativo, conviene llamar la atención sobre la posible intervención de un tercero en el conflicto para ayudar a las partes a alcanzar una solución o, directamente, para decidir el asunto -como ocurre con el árbitro-. La adecuada intervención de este órgano neutral, que puede ser tanto un sujeto individual como un panel compuesto por varias personas con formaciones incluso distintas, resulta fundamental para el logro de una solución correcta y eficaz. Por ello, una futura regulación de los medios alternativos de resolución de conflictos en nuestro Derecho Administrativo debería exigir a estos expertos una formación y especialización acreditadas, amplia experiencia y demostrada imparcialidad, con el fin de que la solución alcanzada fuese la más eficaz, especializada, justa e imparcial posible<sup>128</sup>. Su selección se podrá realizar directamente por las partes o bien,

---

<sup>128</sup> Existen múltiples disposiciones que inciden en la independencia e imparcialidad del tercero, que en los Estados Unidos recibe el nombre de *neutral*. El art. 28.3 LORDP se refiere en este caso a los principios de neutralidad y profesionalidad. El art. 17 LARB recuerda que todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, y que, en todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. El art. 28.2 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, establece los motivos de abstención de los componentes de los órganos que conozcan las reclamaciones económico-administrativas. Finalmente, entre otros, el art. 137 LBRL dispone que el órgano competente para resolver las reclamaciones económico-administrativas en el ámbito local estará formado por personas de reconocida competencia técnica que deberán actuar con independencia. Como precisa PÉREZ MORENO «la potencialidad de juristas expertos en Derecho Administrativo para garantizar la selección de una nutrida cantidad de árbitros es incuestionable. Pensando en los miembros jubilados de cuerpos especialistas (Magistrados, Catedráticos, Profesores Titulares, Abogados del Estado, Letrados de Comunidades Autónomas, Secretarios de Ayuntamiento con años de experiencia, etc.) y en Abogados de consolidada antigüedad con curriculum acreditativo de su especialización en Derecho Público en general, se obtendría un selecto grupo de árbitros homologados conforme a un baremo profundamente elaborado». En *Justicia Administrativa y fórmulas alternativas*. Op. cit. pág. 19. Además considera que «El Ministerio de Justicia y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, deben estar habilitados para resolver las peticiones o propuestas para realizar el reconocimiento de árbitros posibles, así como para revisar sus períodos de funcionamiento y establecer las compensaciones correspondientes. Los árbitros en esta Jurisdicción

como ocurre en los Estados Unidos <sup>129</sup>, podrá venir determinada por listas creadas y actualizadas por las propias Administraciones<sup>130</sup>, quienes deberán ocuparse al mismo tiempo de la formación permanente de estos profesionales. En todo caso, para garantizar su neutralidad, resulta aconsejable trasladar aquí la aplicación de las causas de abstención y recusación que los artículos 28 y 29 LRJ-PAC contemplan para el procedimiento administrativo. En nuestro país conviene trabajar especialmente el problema de su independencia, dado que en asuntos de elevada cuantía las partes pueden intentar alterar su imparcialidad. Precisamente, por ello, sus retribuciones deberán ser las adecuadas al supuesto concreto (por ejemplo aplicando un porcentaje a la cuantía con un mínimo garantizado, ya que no hay que olvidar que estamos ante especialistas con amplia experiencia), y también habrá de crearse y aplicarse un fuerte régimen disciplinario que impida prácticas censurables. El tercero debe tener una especial psicología que le permita acercarse a las partes y buscar su encuentro. Sus actuaciones deberán quedar sometidas al deber de secreto profesional, pues puede que conozca informaciones que de otro modo jamás hubiera podido conocer. Tendrá que garantizarse la confidencialidad<sup>131</sup> de sus conversaciones con las partes, pues sólo así éstas se

---

entrarían más que en la condición de “jueces privados” en la de cualificados colaboradores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo». *El Arbitraje Administrativo*. Op. cit. pág. 299.

<sup>129</sup> Véase el Capítulo IV.B) de la Primera Parte de este trabajo. Véase también el artículo 10.2 de la Directiva 1992/13/CEE, de 25 de febrero, comentado en la página 357. En Portugal, el art. 187 de la Ley 15/2002, de 22 de febrero, por la que se aprueba el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos, permite la creación de centros de arbitraje permanentes que podrán ejercer, además, funciones de conciliación, mediación o consulta en el ámbito de procedimientos de impugnación administrativa.

<sup>130</sup> Para ello, podrán contar con la ayuda de colegios, asociaciones o corporaciones profesionales legalmente reconocidos, quienes pueden enviar una lista de colegiados o asociados, especializados e independientes, que deseen actuar como terceros. Esta práctica tiene lugar, por ejemplo, en el ámbito de la edificación donde los Colegios Profesionales ayudan a los órganos judiciales en el nombramiento de peritos cuyo dictamen es esencial para la solución del litigio. También el art. 135.3 LGT regula, mediante esta fórmula, el nombramiento de peritos terceros en los procedimientos de valoración en que se practique la tasación pericial contradictoria. En este caso, elegido por sorteo público el primero de la lista correspondiente, las siguientes designaciones se efectuarán por orden correlativo. Además, el perito tercero, cuya valoración resuelve la diferencia entre Administración y obligado tributario, puede exigir que, previamente al desempeño de su cometido, se haga provisión del importe de sus honorarios. También, en materia de arbitraje entre particulares, el art. 21.2 LARB permite a los árbitros o a la institución arbitral exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a sus honorarios y gastos.

<sup>131</sup> Véase el epígrafe C) del Capítulo IV de la Parte Primera. El art. 24.2 LARB, no previsto inicialmente en el Proyecto de Ley, dispone: “los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.

lanzarán a hacer determinadas revelaciones. Precisamente, por eso, un Juez o Magistrado que ha actuado como árbitro, conciliador o mediador no puede, si fracasa el procedimiento, ocuparse en sede judicial del asunto, pues ha podido recibir informaciones que alteren su imparcialidad en el proceso judicial. Por último, este neutral deberá evaluar si el procedimiento utilizado es el adecuado o si en su lugar parece más conveniente acudir a otro distinto, aconsejando a las partes en este sentido.

Debe recordarse, finalmente, que no estamos ante un elenco cerrado de cauces de solución de conflictos o ante procedimientos rígidos. Las partes podrán diseñar de común acuerdo el sistema elegido y configurar el procedimiento, todo ello en función de las características del conflicto y de su disposición a resolverlo, para lo que pueden tener en cuenta las reglas de los medios más comunes que son los que vamos a ver a continuación. No obstante, como hemos podido ver al estudiar el ordenamiento norteamericano, existen figuras intermedias como el sistema de Mediación-Arbitraje<sup>132</sup> (más conocido como *Med-Arb*), o aquél en el que un *Factfinder* realiza un informe de los hechos para que sirva de base a unas negociaciones promovidas por un mediador (o, si estas fallan, para un arbitraje) o el *Mini-Trial*, donde las partes se someten a un Tribunal compuesto de altos representantes de cada una de ellas que negocian la solución del asunto. También puede considerarse la posibilidad de constituir Tribunales Mixtos, que serían órganos judiciales formados por Jueces o Magistrados y por expertos independientes en la cuestión técnica que centra el proceso (edificación y ruina, residuos, etc.).

#### **A) PROCEDIMIENTOS SUSTITUTIVOS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO (107.2 LRJ-PAC).**

Ante los problemas de saturación del Contencioso-Administrativo, hubo quien señaló la necesidad de introducir órganos colegiados precontenciosos y sustitutivos de

---

<sup>132</sup> Véase la nota 78 de la Primera Parte.

los recursos administrativos, de acceso voluntario y cuya decisión evitase pleitos innecesarios, dando lugar a una instancia típicamente participativa<sup>133</sup>. Frente a los recursos de alzada y potestativo de reposición, que son resueltos por el mismo órgano que dictó la resolución recurrida o por su superior jerárquico y por ello tienen una eficacia muy limitada<sup>134</sup>, estas fórmulas presentan, como indicó hace tiempo SÁNCHEZ MORÓN<sup>135</sup>, importantes ventajas: garantizan un control objetivo e imparcial del acto administrativo, permiten una mejor evaluación técnica y una valoración más especializada en asuntos complejos, constituyen un filtro eficaz de asuntos menores o técnicamente complejos evitando que lleguen a los órganos judiciales, no plantean problemas de equilibrio de poderes puesto que las decisiones son tomadas por órganos de la Administración que pueden corregir las decisiones recurridas entrando en el ámbito de decisión del ejecutivo, etc.

Por ello, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vino a recoger en su artículo 107.2 la posibilidad de sustituir el recurso administrativo de alzada o el potestativo de reposición por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. Se trata, como ha señalado GONZÁLEZ PÉREZ de «fórmulas de composición de conflictos jurídicos surgidos en las relaciones jurídicas entre una Administración pública en el ejercicio de sus funciones administrativas y las

---

<sup>133</sup> Martín Mateo, Ramón; *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. págs. 122 a 125. Estos útiles órganos deberían integrarse a partes iguales por representantes de la Administración y de los intereses afectados, contando el Presidente con voto de calidad. Sus pronunciamientos deberían ser rápidos y la Administración debería comprometerse a cumplir sus resoluciones. El Prof. TORNOS MAS también llamó la atención sobre la necesidad de introducir un nuevo modelo de recursos administrativos, menos formales, gratuitos, más rápidos y resueltos por órganos independientes y especializados distintos de los órganos administrativos de gestión. En *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*. Op. cit. pág. 208.

<sup>134</sup> Véanse las páginas 186, 187, 205 y 206.

<sup>135</sup> Sánchez Morón, Miguel; *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. pág. 148. Este autor también entiende que al tratarse «de recursos o procedimientos más informales y previsiblemente más rápidos, sencillos y menos costosos que el recurso contencioso-administrativo, pueden sumar a estas ventajas las que derivan de la independencia funcional de los órganos que los instruyan o resuelvan, que es una de las carencias más graves del sistema tradicional de recursos administrativos y lo que, junto a otras deficiencias estructurales, provoca su relativa inutilidad actual». En *Recursos Administrativos*. Op. cit. pág. 328.



personas afectadas por este ejercicio»<sup>136</sup>. Lógicamente, estos procedimientos sustitutivos deben sustanciarse con respeto a los principios, garantías y plazos que la LRJ-PAC reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo (celeridad, contradicción, prueba y defensa etc.). Sin embargo el citado precepto exige, para que pueda tener lugar este cambio de los recursos administrativos por otros procedimientos dirigidos por órganos especializados e independientes, que una norma con rango formal de Ley permita su utilización en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia lo justifique, por tanto, no con carácter general. Al ser la LRJ-PAC una Ley reguladora de las condiciones básicas del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común -art. 149.1.18ª C.E.- parece que, en principio, el citado precepto estaría permitiendo al legislador autonómico el desarrollo normativo de estos nuevos medios de control en el seno de sus competencias<sup>137</sup>. Sin embargo, en relación con los actos administrativos de carácter estatal, se puede considerar que esta remisión a una norma legal constituye un impedimento para la puesta en práctica de estos mecanismos, pues supone una mera declaración de intenciones sin ninguna operatividad<sup>138</sup>. Por tanto, en tanto no exista una legislación específica al respecto, se puede entender que el artículo 107.2 LRJ-PAC prohíbe en la práctica la sustitución de la resolución unilateral de los

---

<sup>136</sup> González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco; *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. pág. 2529.

<sup>137</sup> Siempre, claro está, que se respeten las reglas de dicho procedimiento administrativo común. Sin embargo, la ley autonómica no podrá crear mecanismos de arbitraje en sentido estricto, (entendido como una vía voluntaria sustitutiva del recurso a la jurisdicción salvo en supuestos tasados), pues, como se ha dicho anteriormente, las reglas 5ª y 6ª del artículo 149.1 C.E. el Estado tiene la competencia exclusiva sobre administración de Justicia y legislación procesal. Parejo Alfonso, Luciano; *Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo»* ... Op. cit. págs. 12 y 13. Delgado Piqueras, Francisco; *Las nuevas conquistas del principio constitucional de participación: terminación convencional del procedimiento y medios consensuales de solución de conflictos administrativos*. RJCM, nº 18. 1993. Pág. 222. Tornos Mas, Joaquín; *Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local*. Op. cit. pág. 102. Véanse los arts. 59 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración en la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, y 101.5 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y Administración de Extremadura.

<sup>138</sup> Como ha recordado TORNOS MAS «este tipo de remisiones no innovan el ordenamiento jurídico, en la medida en que nada aportan al sistema jerárquico. El legislador no necesita ser autorizado por el propio legislador. El valor del artículo 107 de la Ley 30/92 se reduciría a ser una manifestación de juicio del legislador, en el sentido de sugerir la conveniencia de avanzar sectorialmente en la tendencia que apunta». En *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional* ... Op. cit. pág. 166.

procedimientos impugnatorios de actos administrativos estatales por otros modos más objetivos y específicos. Esta temerosa actitud del legislador -y también del Gobierno- ha quedado patente tras el incumplimiento de lo dispuesto en la Disp. Adic. 2ª de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que ordenaba al Gobierno remitir a las Cortes Generales, en el plazo de 18 meses, el proyecto o proyectos de Ley que resultasen necesarios para regular los procedimientos sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición. Esta falta de desarrollo normativo y de aplicación práctica de los procedimientos de solución de recursos administrativos alternativos al sistema tradicional de resolución unilateral de la Administración es un claro síntoma de la enorme desconfianza existente entre los poderes públicos hacia el uso de estas nuevas vías<sup>139</sup>.

En lo que se refiere a las Administraciones Locales, dispone el párrafo tercero del art. 107.2 que “la aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”. Ello significa, según SÁNCHEZ MORÓN<sup>140</sup>, que «aunque los órganos colegiados correspondientes tramiten los procedimientos impugnatorios en cuestión y formulen las propuestas de resolución, compete a los órganos superiores electivos adoptar la decisión que proceda». Por otra parte, ARAGONÉS BELTRÁN entiende que dicho párrafo tercero, que pretende garantizar la autonomía local, «en modo alguno debe ser un obstáculo para que las propias Corporaciones Locales creen sus peculiares órganos de resolución y deleguen o transfieran voluntariamente a los mismos aquellas facultades resolutorias o lo hagan, también voluntariamente, a órganos creados por otros Entes locales de superior ámbito

---

<sup>139</sup> Deben tenerse presentes las palabras de ARAGONÉS BELTRÁN que, refiriéndose al *Consell Municipal Tributari*, decía «Para la deseable introducción de órganos análogos sólo se requiere voluntad política y una ponderada utilización de las vías que abre el art. 107.2 de la Ley 30/1992. Hora es ya de que los responsables políticos sean conscientes de que un efectivo control de legalidad de sus actos no sólo es una exigencia del Estado de Derecho, sino una fuente de prestigio ciudadano e incluso de eficiencia económica; en definitiva, de autoridad y de eficacia». *Resolución de recursos en el ámbito tributario local: autocontrol jurídico y vía administrativa previa*. Op. cit. pág. 251.

<sup>140</sup> En *Recursos Administrativos*. Op. cit. pág. 348.

(Comarca o Provincia)»<sup>141</sup>. Muy coherente me parece la interpretación de MONTOYA MARTÍN, que propone, además, la creación de órganos consultivos en las Administraciones Locales que ayuden a la resolución de determinados procedimientos, recordando implícitamente la figura del Consejo Tributario del Ayuntamiento de Barcelona. Para la Prof. MONTOYA «la reserva que efectúa el art. 107 de no desconocer las facultades resolutorias, tiene sentido sólo precisamente en los procedimientos sustitutivos de conciliación, mediación y arbitraje para impedir que puedan ser impuestos a las Administraciones locales de manera coactiva, sin el asentimiento expreso de sus órganos representativos. La interpretación que explica mejor el sentido del precepto es que cuando en algún supuesto concreto un Ayuntamiento decida someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en lugar de resolverlas mediante la vía tradicional, el órgano representativo electo y que tiene atribuida la competencia, será también el competente para decidir someterse a arbitraje suscribiendo de forma voluntaria la cláusula arbitral»<sup>142</sup>. Resumiendo las posiciones anteriores, a mi modo de ver, un desarrollo legal -estatal o autonómico- de este controvertido precepto debería permitir la utilización vinculante en el ámbito local de procedimientos de impugnación o reclamación en los casos en que los órganos representativos electos transfiriesen a los órganos colegiados o a las comisiones específicas su facultad de resolución. Caso contrario, compete a los órganos superiores electivos adoptar la decisión que proceda,

---

<sup>141</sup> *Resolución de recursos en el ámbito tributario local: autocontrol jurídico y vía administrativa previa*. Op. cit. pág. 251.

<sup>142</sup> En *Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local*. Op. cit. págs. 142 y 145. Véanse las críticas sobre la aplicación del art. 107.2 LRJ-PAC a la esfera local en Tornos Mas, Joaquín; *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. pág. 167. TRAYTER JIMÉNEZ considera, con acierto, que para poder utilizar mecanismos de arbitraje vinculante como alternativos a la vía administrativa de recurso, normalmente potestativa, en el ámbito local se necesita previamente una Ley estatal que contenga la regulación básica. Además, el órgano representativo electo que tenga atribuida la competencia para resolver el asunto de que se trate (párrafo tercero del art. 107.2) será también el competente para decidir el sometimiento del asunto a arbitraje suscribiendo de forma voluntaria la cláusula arbitral. *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas*. Op. cit. págs. 79 a 82. *El arbitraje de Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 106. Sin embargo, TRAYTER critica también este párrafo tercero del art. 107.2 LRJ-PAC que niega la posible arbitrabilidad en sentido estricto de las materias que afecten a la Administración Local, puesto que los árbitros resolverán con carácter no vinculante ya que la decisión ha de corresponder al órgano electo. En *El arbitraje en el Derecho Administrativo como medio alternativo de control: los convenios urbanísticos y el planeamiento*. Op. cit. pág. 312.

sin perjuicio del carácter consultivo que pueda tener la decisión del órgano o de la comisión. Además, no se podrán imponer a las Administraciones locales de manera coactiva procedimientos de arbitraje, mediación o conciliación sin el asentimiento expreso de sus órganos representativos, para lo que debe crearse un régimen específico que no desnaturalice estos procedimientos en el sentido que veremos a continuación.

Será la norma legal que permita la sustitución la que habrá de identificar en qué sectores o materias resulta posible la utilización de estos procedimientos. Parece que, como acabamos de ver en el epígrafe anterior, por su nivel de litigiosidad y por su complejidad técnica las materias más adecuadas son: urbanismo, función pública, gestión tributaria, expropiación forzosa, derecho administrativo sancionador, contratación pública, responsabilidad administrativa o medio ambiente<sup>143</sup>.

Considero enormemente positiva la búsqueda de fórmulas que doten de verdadera utilidad al recurso administrativo. Ahora bien, mientras el recurso a medios alternativos a la vía judicial ha de ser completamente voluntario para los particulares, el vigente artículo 107.2 LRJ-PAC permite la imposición en vía administrativa de ciertos procedimientos sustitutivos<sup>144</sup>. En el caso de recursos de impugnación o reclamación ante órganos especializados, que se tramitan de acuerdo con las reglas generales del recurso administrativo, esto es perfectamente posible, pues la Ley considera, acertadamente, que

---

<sup>143</sup> En todo caso, como apunta SANTAMARÍA PASTOR, para quien las previsiones del artículo 107.2 LRJ-PAC deben ponerse en práctica urgentemente, convendría tener un estudio estadístico serio de los recursos planteados agrupándolos por materias, teniendo en cuenta el porcentaje de recursos estimados y de los que dan lugar posteriormente a un recurso contencioso, conociendo de éstos cuántos son estimados por los órganos judiciales. Igualmente convendría tener datos sobre los costes que los sistemas de recursos suponen para la Administración. A partir de ahí podría proponerse una solución específica para cada área de actividad administrativa. *Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 189.

<sup>144</sup> Como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN «los procedimientos en cuestión no podrán establecerse como cumulativos u opcionales respecto del recurso, sino que en el ámbito para el que se establezcan desaparecerá este recurso». En *Recursos Administrativos*. Op. cit. pág. 346. De acuerdo con él Rosa Moreno, Juan; op. cit. pág. 98. En contra, MARESCA CABOT considera que necesariamente han de tener carácter alternativo u optativo, en cuanto este cauce se configura como un plus de garantías para los ciudadanos y de acierto para una rápida y eficaz actuación administrativa. *El arbitraje en Derecho Administrativo*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, n° 5. 1994. Pág. 70. GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO consideran que «la Ley que las regule, podrá establecer imperativamente la sustitución o, por el contrario, reconocer al interesado la opción». En *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. pág. 2530.

no debe ser la Administración afectada, sino un órgano independiente, quien resuelva los recursos en los que es parte, lo que, por otro lado, constituye una garantía para el administrado. Estos recursos de impugnación o reclamación, al sustituir obligatoriamente al recurso administrativo ordinario han de ser igualmente gratuitos para los particulares. Los citados órganos, que podrían incorporar tanto a representantes de la Administración como de los sectores de intereses afectados, deberían adoptar sus decisiones a través de procedimientos rápidos, poco costosos y escasamente formalizados. Por el contrario, no nos parece conveniente la imposición de procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje, que son mucho más flexibles y participativos, en sustitución del recurso administrativo ordinario<sup>145</sup>, pues la voluntad y la buena disposición de las partes condiciona en buena medida su éxito o fracaso. El texto vigente no tiene aquí en cuenta la voluntad de los afectados, sino únicamente la del legislador, “las leyes podrán sustituir”, siendo mucho más acertada la expresión “someter a la consideración de las partes” empleada por el artículo 77 LJCA. Por ello, una futura modificación de la LRJ-PAC o un desarrollo legal de su artículo 107.2 debería exigir expresamente el deseo de las partes de utilizar en vía administrativa procedimientos de mediación, conciliación o arbitraje para solucionar eficazmente su enfrentamiento jurídico. Dado el carácter flexible de estas técnicas, en especial de la mediación y la conciliación, tampoco parece conveniente constreñirlas a los principios, formalidades y plazos del procedimiento administrativo<sup>146</sup>. Tampoco parece conveniente en los procedimientos de conciliación

---

<sup>145</sup> En el mismo sentido MARINA JALVO. Op. cit. págs. 143, 145 y 146. Trayter Jiménez, Juan Manuel; *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas*. Op. cit. págs. 61, 62 y 76. *El arbitraje de Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 93 y 94. BUSTILLO BOLADO considera, además, que la imposición de estos procedimientos puede suponer una carga para el interesado. *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. pág. 320. En relación con el arbitraje, Maresca Cabot, Juan Carlos; *El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 6. 1995. Págs. 28 y 29.

<sup>146</sup> Para SÁNCHEZ MORÓN «la previsión no es del todo afortunada, pues resulta difícil encorsetar la actividad mediadora en unos plazos estrictos y confiársela a órganos colegiados o aplicarle el sistema de garantías propio del procedimiento administrativo, formalizado por esencia. En realidad, la actividad de mediación puede ser mucho más útil antes de adoptar la decisión ... o como una vía paralela de resolución de conflictos que no se pueden o no se quieren solucionar, en virtud de sus características, por los medios de impugnación ordinarios, administrativos o judiciales (y sin constituir una alternativa formal a éstos)». *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. Op. cit. pág. 24. Del tenor actual del art. 107.2 LRJ-PAC, parece entenderse que

y mediación la intervención de órganos colegiados o comisiones específicas, pues ello, además de aumentar los costes del procedimiento, puede dar lugar a disfunciones y confusiones, siendo preferible, salvo en casos excepcionales, la intervención de órganos unipersonales. Visto lo anterior, podría proponerse que, cuando la especificidad de la materia lo justificase, una futura regulación legal permitiese a ciudadanos y Administración optar libremente entre la vía ordinaria de recurso administrativo, (que siempre podría sustituirse por los procedimientos de impugnación o reclamación ante órganos especializados a los que acabamos de referirnos), o estos procedimientos alternativos. Si las partes decidiesen intentar conciliar sus posturas, que un tercero mediase entre ellas o que un árbitro resolviese su controversia, sería conveniente que dejasen constancia por escrito de su voluntad y de las condiciones en que deberían desarrollarse estos procedimientos. Dado su carácter opcional, los costes deberían ser satisfechos por todas las partes, que buscarían solucionar de forma más rápida y definitiva el problema. El acuerdo o el laudo finalmente alcanzado sólo podría ser objeto de recurso judicial por causas tasadas, en las mismas condiciones que los pactos, acuerdos o laudos que resuelven los conflictos sobre actos que han agotado ya totalmente la vía administrativa<sup>147</sup>. Esta primera propuesta pretende facilitar la resolución definitiva de la controversia, pues un recurso obligatorio a la mediación, a la conciliación o al arbitraje, cuya solución puede ser recurrida en los mismos términos que la decisión administrativa, no aporta nada nuevo con respecto a los procedimientos de impugnación o reclamación ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. ¿Qué diferencia habría entonces entre acudir a un procedimiento arbitral<sup>148</sup> o a estos últimos procedimientos?. No hay que desnaturalizar

---

obligatoriamente los procedimientos de mediación, conciliación o arbitraje han de llevarse a cabo ante órganos colegiados, lo que parece excesivo, aumenta los costes del procedimiento y puede producir disfunciones en el caso de la mediación o la conciliación. Esta circunstancia debería ser determinada por las partes en función de la naturaleza del asunto.

<sup>147</sup> Con ello se garantizaría el cumplimiento de los artículos 24.1, 106.1 y 117.3 C.E.

<sup>148</sup> Para BUSTILLO BOLADO «resulta especialmente distorsionante y equívoca la referencia al “arbitraje” incluida en el precepto. La hasta fechas recientes consolidada noción jurisprudencial y doctrinal de arbitraje como mecanismo voluntario heterocompositivo alternativo al proceso está siendo desnaturalizada por el legislador ... al utilizarse para referirse a mecanismos heterocompositivos preprocesales que poco tienen que ver con el verdadero

los conceptos de figuras como el arbitraje, la mediación o la conciliación para designar con ellos cosas distintas, aunque sea con la mejor intención, pues ello crea confusiones importantes que repercuten en su tratamiento futuro<sup>149</sup>. También podría resultar posible, en ámbitos específicos, suprimir la vía de recurso administrativa y ofrecer a las partes,

---

arbitraje». *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 292 y 320. También HUERGO ha señalado que «el hecho de que distintas normas utilicen la palabra “arbitraje” no significa, a pesar de las apariencias, que se estén refiriendo a la misma figura jurídica ... La palabra “arbitraje” tiene una carga retórica, un prestigio, que lleva a los legisladores y a los Gobiernos, en ocasiones, a utilizarla impropriamente en algunas normas, calificando como arbitraje y como institución arbitral a figuras y órganos que nada tienen que ver con él». En *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 152. LÓPEZ MENUDO considera que «tampoco es genuino arbitraje el que se menciona en el artículo 107 de la Ley 30/1992, por la sencilla razón de que se contempla como un posible mecanismo de sustitución de los recursos administrativos, no del recurso jurisdiccional». *Arbitraje y Derecho Público*. Op. cit. págs. 9 y 10. MONTOYA MARTÍN estima «absolutamente desafortunado dar un tratamiento aparentemente análogo a la vía previa de recurso administrativo y a la técnica del arbitraje ... El art. 107.2 prevé de un lado, procedimientos sustitutivos de los recursos administrativos, cabalmente recursos especiales, y de otro, figuras autocompositivas como la mediación y la conciliación de índole no impugnatoria, y heterocompositivas, sometiéndolas a todas a un desafortunado régimen jurídico y efectos homogéneos: los relativos a los recursos a los que sustituyen. Por ende, la regulación que del arbitraje hace el legislador en el art. 107.2 supone un escollo insalvable para desarrollar en base a dicho precepto un verdadero arbitraje de Derecho administrativo». En *Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local*. Op. cit. págs. 140 y 148. Véanse también Rosa Moreno, Juan; op. cit. pág. 99. Parejo Alfonso, Luciano; *Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo» ...* Op. cit. págs. 24 y 25. Maresca Cabot, Juan Carlos; *El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. pág. 36. Tornos Mas, Joaquín; *Los recursos administrativos en la Ley 4/1999*. JA, n° 5. 1999. Págs. 23 y 24.

<sup>149</sup> PÉREZ MORENO ha manifestado lo siguiente: «Las “alternativas de los recursos administrativos” contra resoluciones de las Administraciones Públicas se enmarcan en un conjunto abigarrado de cuestiones sobre las diversas fórmulas de “Control de la Administración”. La que más perspectivas proyecta es el arbitraje administrativo, pero también presentan perfiles complejos la conciliación y la mediación. Sobre estas fórmulas el ordenamiento jurídico aparece como un espejo roto, como un cuadro fragmentado, o un lienzo mutilado, ya que en diversas partes del mismo menciona o se refiere a esas figuras alternativas aunque sin definir las ni regularlas y ni tan siquiera aclarar la sustantividad, acepción y efectos con la que se las invoca. A veces se utiliza el término “arbitraje” como género que engloba todas las alternativas, pero sin precisar cuando las Administraciones sean árbitros y cuándo sean una de las partes del conflicto arbitral. Otras veces sí aparece matizado el alcance del arbitraje, pero surgen dudas sobre el ámbito posible de su aplicación, sobre si es una alternativa tan sólo a los recursos administrativos o también a la vía jurisdiccional; e incluso si se debe distinguir entre las fórmulas de autocomposición de los conflictos (conciliación, mediación) y el arbitraje como fórmula de heterocomposición (con intervención de al menos un tercero -el árbitro- en todo caso) a los efectos de entender que, así como las primeras pueden limitarse a ser alternativas que operan en la fase administrativa del conflicto, al arbitraje debe atribuirse en todo caso la potencialidad de una alternativa incluso jurisdiccional para evitar la inutilidad y contradicción que supondría un sistema en el que pudiera quedar siempre abierta sin límites a las partes la interposición de un recurso contencioso-administrativo después de dictado el laudo arbitral». *Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso*. Op. cit. pág. 12. Para CANAL MUÑOZ e IBÁÑEZ BUÍL «las diferencias entre estos procedimientos son evidentes. En el primer caso, nos encontramos ante un supuesto de autotutela en el que la Administración Pública es al mismo tiempo juez y parte. En el caso de la conciliación y la mediación nos referimos a técnicas de autocomposición, basadas en la solución amistosa de los conflictos por acuerdo de las partes afectadas. Finalmente, el arbitraje constituye una fórmula de heterocomposición, caracterizada por la intervención dirimente de un tercero al que las partes reconocen potestad para decidir sobre el conflicto». *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 472 y 473.

con carácter previo al recurso judicial, la posibilidad siempre voluntaria<sup>150</sup> de solucionar sus diferencias mediante un intento de mediación, transacción o conciliación, o mediante un procedimiento arbitral. Si las partes rechazasen esta vía, dentro del plazo previamente establecido, quedaría abierta inmediatamente la vía judicial. Si se acogiesen a este cauce alternativo, deberían acordar las condiciones del procedimiento y en el caso de llegar a una solución final, ésta sería únicamente recurrible por causas tasadas<sup>151</sup>. La segunda propuesta parte, claramente, de la actual consideración del recurso administrativo, cuya evolución ha demostrado que no constituye una verdadera garantía para los administrados sino un obstáculo más que dilata la solución final del procedimiento<sup>152</sup>. Se ofrece, en cambio, como alternativa a la situación real existente, un camino útil y voluntario, que viene exigido por la demanda social de una mayor eficacia en el funcionamiento de las Administraciones Públicas y de la Administración de Justicia. Por tanto, en este caso nos encontraríamos con la aplicación de técnicas alternativas de solución de controversias surgidas ante decisiones que ponen fin a la vía administrativa. Sin embargo, como he manifestado anteriormente, considero que deben hacerse importantes esfuerzos por dotar de una verdadera función revisora a los recursos administrativos, con el fin de que constituyan de forma efectiva una verdadera garantía

---

<sup>150</sup> En contra parece manifestarse el Prof. TORNOS MAS cuando afirma que «nada se opondría a la imposición de una conciliación o mediación obligatoria, siempre que se respetasen las notas antes expuestas de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las vías previas. El trámite de conciliación o mediación no debe excluir nunca el acceso a la vía judicial, y dicho trámite no debe convertirse en una carga para el administrado». En *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. págs. 160 y 170. *Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local*. Op. cit. pág. 105. En este caso, para poder acceder a la vía judicial las partes deberían demostrar el fracaso del procedimiento, mediante el transcurso de un determinado periodo de tiempo sin alcanzar una solución. Véanse, entre otras, las SSTC 217/1991, de 14 de noviembre y 60/1989, de 16 de marzo. AGULLÓ AGÜERO ha afirmado que «la exigencia de la voluntariedad de los mecanismos a que se refiere el citado art. 107.2 parece implícita en la referencia expresa que efectúa este precepto a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, pues, o bien es consustancial a la existencia de tales mecanismos, o bien de ella depende en gran medida su verdadera eficacia. De ahí que la voluntariedad del recurso a tales mecanismos se predique de cualquier procedimiento sustitutorio del recurso ordinario». *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 287.

<sup>151</sup> Las previstas en las páginas 303, 328 y 329.

<sup>152</sup> Véanse las notas 28 y 30.



para los administrados y, en definitiva, para la defensa del interés general<sup>153</sup>. De alcanzarse este objetivo sólo cabría admitir la primera propuesta. En otro caso, se correría el riesgo de que la Administración sistemáticamente se mostrase contraria desde un primer momento al uso de estos procedimientos, constituyendo la vía judicial el único mecanismo de defensa de los derechos de los Administrados que habrían visto mermadas sus garantías.

En todo caso, conforme a la normativa vigente, cuando en determinados ámbitos el legislador opte por realizar dicha sustitución, este nuevo modelo de recurso administrativo deberá ser obligatorio en los supuestos en que el uso de estos nuevos procedimientos reemplace al recurso de alzada (con lo que se pone fin a la vía administrativa), pues una de sus funciones es filtrar el elevado número de asuntos que llegan a los Tribunales y lo contrario podría animar al administrado a acudir directamente a la vía judicial<sup>154</sup>. En cambio el propio artículo 107.2 en su párrafo segundo obliga a estos otros cauces a respetar el carácter potestativo del recurso de reposición<sup>155</sup>.

El órgano encargado, bien de la resolución del recurso, bien de ayudar a las partes a encontrar la solución al conflicto, debe ser completamente independiente de la Administración que dictó el acto, pues como ha indicado TORNOS MAS<sup>156</sup> «el recurso

---

<sup>153</sup> ARAGONÉS BELTRÁN ha manifestado que «tal autocontrol carecerá de todo sentido si se considera como un simple y añadido privilegio administrativo, carente de operatividad desde el punto de vista del ciudadano, para quien las posibilidades de éxito fueran siempre remotas, convirtiéndose en una carga más para la impugnación judicial. El remedio no ha de ser, sin embargo, eliminar la vía administrativa previa, sino acabar con el desprestigio e inoperatividad de la misma». En *El autocontrol jurídico de las Corporaciones Locales: el ejemplo del Consell Tributari de Barcelona*. Revista de Hacienda Local, nº 70. 1994. Pág. 16.

<sup>154</sup> Tornos Mas, Joaquín; *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*. Op. cit. pág. 209. Si el arbitraje, la mediación o la conciliación fuesen voluntarios, una vía de recurso por causas tasadas serviría también de importante filtro a la vía judicial.

<sup>155</sup> La introducción del recurso potestativo de reposición ha permitido que los procedimientos a los que hace referencia el art. 107.2 LRJ-PAC puedan aplicarse también en la Administración Local, la más relacionada con los ciudadanos, donde la resolución de la mayor parte de los procedimientos no admite recurso de alzada.

<sup>156</sup> *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. págs. 163 y 164.

ya no es el cauce para permitir que la Administración revise su decisión antes de ser llevada a los tribunales o para que ejerza un control jerárquico sobre la decisión del inferior. El recurso pretende ser una vía de resolución de conflictos y, como tal, la independencia de quien resuelve o formula la propuesta de resolución se convierte en una nota dominante». Ha de tratarse de un órgano especializado con elevada competencia técnica, pudiendo estar compuesto por personal funcionario independiente, por técnicos y expertos ajenos a la Administración, o tener un carácter mixto. Este órgano, debe contar con los medios materiales necesarios para llevar a cabo su cometido y tener un contacto fluido con la Administración, pudiendo tener acceso al expediente del asunto controvertido. Podrá resolver directamente o proponer la solución del conflicto, si la Administración retiene el poder de decisión. En el primer caso, existe una mayor garantía de imparcialidad y eficacia de la solución. En el segundo, la propuesta puede terminar imponiéndose por la propia autoridad moral del órgano que la formula y por el coste político que para la Administración pudiera tener separarse del criterio del órgano imparcial. Cuando se acuda a sistemas de mediación o conciliación, asistirá a las partes a encontrar una solución definitiva.

La sustanciación de los distintos procedimientos deberá ser rápida y flexible, respetando en todo momento los principios de audiencia y contradicción (art. 84 LRJ-PAC), así como las garantías y plazos reconocidos a todos los ciudadanos e interesados en todo procedimiento administrativo<sup>157</sup>. Por esta razón, en defecto de las previsiones que contengan las leyes que desarrollen o complementen el artículo 107.2 LRJ-PAC, habrá que considerar aplicables a estos mecanismos sustitutivos de los recursos administrativos las previsiones contenidas en los artículos 111 y 112 LRJ-PAC, sobre la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado y la audiencia de los interesados. También pueden ser de aplicación los artículos 12, 13 y 14 LRJ-PAC sobre

---

<sup>157</sup> Ténganse en cuenta las críticas que acaban de apuntarse sobre la aplicación de esta regla a los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje. La Disp. Adic. 29ª.4 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, ha precisado que la terminación convencional de los procedimientos administrativos, así como los procedimientos de mediación, arbitraje o conciliación, no están sujetos al régimen del silencio administrativo previsto en la LRJ-PAC.

desconcentración, delegación o avocación de competencias, 16 relativo a la delegación de firma, 28 y 29 reguladores de los supuestos de abstención y recusación, 30 a 34 sobre los interesados, 35 a 37 que regulan distintos derechos de los ciudadanos, 74.1 y 75 que fomentan la celeridad de los procedimientos, etc. El acuerdo de las partes o la decisión emitida en este tipo de procedimientos, que deberán ser conformes con el ordenamiento jurídico vigente, habrán de constar por escrito, debidamente cumplimentado con el fin de dejar constancia clara de la solución final. El art. 54.1.b) LRJ-PAC obliga a motivar especialmente las resoluciones dictadas en los procedimientos de arbitraje que resuelvan el conflicto en vía administrativa.

Las soluciones adoptadas conforme a los procedimientos previstos en el artículo 107.2 LRJ-PAC ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -arts. 109.b) LRJ-PAC<sup>158</sup> y 25.1 LJCA-. Realmente, el recurso a los Juzgados y Tribunales supone el fracaso de estos mecanismos, que precisamente tienen por objeto resolver la discrepancia administrativa de forma rápida y especializada. Por ello, no deberían ser muchas las ocasiones en que las partes terminen acudiendo a la vía judicial, aunque ello vendrá dado por la realidad práctica. A falta de una específica regulación legal que desarrolle este tipo de procedimientos, de la legislación actual parece desprenderse su sometimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los mismos términos que las resoluciones finalizadoras de la vía administrativa<sup>159</sup>. Así, cuando las partes o terceros interesados consideren que la decisión adoptada es contraria a sus derechos e intereses legítimos, podrán impugnarla interponiendo recurso ante los órganos judiciales, que se sustanciará de acuerdo con las previsiones de la LJCA (y, en su caso, de la LOPJ y de la LOTC). Si

---

<sup>158</sup> Véase al respecto Tornos Mas, Joaquín; *Los recursos administrativos en la Ley 4/1999*. Op. cit. pág. 23.

<sup>159</sup> Si, como hemos mantenido anteriormente, se optase por unos procedimientos de arbitraje, mediación o conciliación voluntarios, (en lugar de obligatorios como sustitutivos del recurso ordinario, como más bien parece indicar el 107.2 LRJ-PAC), podrían exigirse unas causas tasadas de impugnación de los laudos para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. El régimen jurídico de estos mecanismos sería, por tanto, el mismo que cuando intentan solucionar disputas producidas por actos o decisiones que han puesto fin a la vía administrativa. Véanse los epígrafes B.d) y C.d).3 del presente Capítulo.

lo que se produce es un incumplimiento por la Administración de dicha decisión, la otra parte podrá interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad o inactividad administrativa solicitando la ejecución de la solución lograda mediante las fórmulas previstas en el artículo 107.2 LRJ-PAC, (art. 25 LJCA). Si existe inactividad, quienes tengan derecho a una prestación administrativa deberán reclamar previamente el cumplimiento de la Administración y, a falta de cumplimiento o acuerdo en el plazo de tres meses, los interesados podrán deducir recurso contencioso-administrativo (art. 29 LJCA). En el supuesto de incumplimiento imputable a la otra parte, la Administración podrá<sup>160</sup> proceder a la ejecución forzosa de la decisión adoptada (arts. 93 a 101 LRJ-PAC), pues el arreglo obtenido a través de estos procedimientos equivale a la decisión administrativa sobre los recursos interpuestos y como tal ha de gozar de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos<sup>161</sup>. Frente a esta ejecución administrativa la otra parte<sup>162</sup> o terceros interesados podrán interponer en defensa de sus derechos e intereses los recursos que estimen convenientes.

Sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, la naturaleza extrajudicial y especializada que intenta darse a estos procedimientos, y, sobre todo, su carácter flexible y ágil aconsejan que el futuro desarrollo legal de estos mecanismos regule un control judicial rápido, efectivo y por causas tasadas de las decisiones en ellos alcanzadas, especialmente en el caso del arbitraje donde el laudo ya tiene fuerza de cosa juzgada y sustituye al proceso judicial. Los Juzgados y Tribunales han de controlar la

---

<sup>160</sup> No hay que olvidar que, entre tanto, el acto administrativo recurrido sigue produciendo efectos y puede que a la Administración le interese mantener esta situación.

<sup>161</sup> Los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dictan (artículo 57.1 LRJ-PAC), son inmediatamente ejecutivos (arts. 56 y 94 LRJ-PAC), pudiendo las Administraciones Públicas proceder a su ejecución forzosa (artículos 95 a 100 LRJ-PAC). La interposición de cualquier recurso no suspende su ejecución (art. 111.1 LRJ-PAC), con excepción de lo dispuesto en los artículos 111 y 138 LRJ-PAC. Esta característica del acto administrativo se funda en la necesidad de que las Administraciones Públicas han de servir con eficacia a los intereses generales y ello exigirá normalmente la ejecutividad inmediata del acto (art. 103.1 C.E. y STC 78/1996, de 20 de mayo). Sobre esta cuestión véase Barcelona Llop, Javier; *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Universidad de Cantabria. Santander, 1995. Parada Vázquez, Ramón; *Derecho Administrativo I. Parte General*. 14ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 2003. Págs. 140 a 171.

<sup>162</sup> Lógicamente, en este caso la Administración contestará alegando, entre otros motivos, el incumplimiento de la parte demandante.

validez de los acuerdos logrados por las partes y de las decisiones y laudos emitidos por los órganos colegiados o por las comisiones específicas. Pero para obtener una solución efectiva del conflicto lo antes posible, parece conveniente que los primeros verifiquen de forma sumaria si en este tipo de procedimientos se han respetado los principios, garantías -incluyendo los de audiencia y contradicción- y plazos que la ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo (párrafo primero del artículo 107.2), y si los miembros de los órganos colegiados o de las comisiones específicas tienen los conocimientos suficientes para ocuparse del asunto y han sido en todo momento independientes e imparciales. También deberán garantizar que la solución alcanzada es conforme al ordenamiento jurídico y al orden público, y respeta el interés general y los intereses de terceros. Por tanto, el control judicial de la solución lograda a través de los mecanismos sustitutivos previstos en el artículo 107.2 LRJ-PAC debería llevarse a cabo de forma rápida con el fin de solucionar definitivamente la controversia, garantizando al mismo tiempo su legalidad.

En nuestro ordenamiento existen cauces similares para tramitar recursos administrativos ante órganos especializados e independientes integrados dentro de la propia Administración. La experiencia práctica ha demostrado su eficacia y, en muchos casos, la independencia de sus soluciones, lo que ha contribuido a disminuir notablemente el número de demandas judiciales. Del análisis de esta normativa debe destacarse la opción por los procedimientos de impugnación o reclamación ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, y no por los procedimientos de mediación, conciliación o arbitraje cuyo régimen vigente presenta cierta confusión terminológica y de procedimiento. Entre otros hay que destacar los siguientes:

- Como expresamente afirma la Exposición de Motivos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, la revisión en vía administrativa de las resoluciones del Ministerio de

Economía y Hacienda “se encomienda a una Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, creada al amparo de las previsiones del artículo 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se considera que un procedimiento de impugnación ante una Comisión integrada por representantes de distintos Departamentos y, eventualmente, por representantes de organizaciones o sectores sociales especialmente vinculados a este tema permitirá una actuación más ajustada que la vía clásica del recurso administrativo ante el órgano superior jerárquico”. Este procedimiento de impugnación tendrá carácter sustitutivo del recurso ordinario, (art. 8). La Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual no estará sometida a instrucciones jerárquicas y resolverá los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda, así como los recursos extraordinarios de revisión contra sus propios acuerdos, con respeto a los principios, garantías y plazos que las leyes reconocen a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo, (art. 11.1). Sus resoluciones pondrán fin a la vía administrativa, (art. 11.3). El Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, aprueba el Reglamento de la Ley, recogiendo en su Título V la organización, funcionamiento y procedimiento de la Comisión, (arts. 72 a 88).

- Una de las primeras disposiciones autonómicas en desarrollar expresamente la previsión contenida en el artículo 107.2 LRJ-PAC fue la Ley 11/1996, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sustituida por el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Los artículos 62 a 64 de esta última disposición, (antiguos 58 a 60), contemplan la posible sustitución del recurso administrativo por una reclamación o impugnación ante una Comisión no sometida a instrucciones jerárquicas. Su Disp. Adic. 9ª permite la sustitución del recurso ordinario contra los actos de los órganos que tengan atribuida la competencia en relación al Ingreso Aragonés de Inserción por la reclamación

o impugnación ante una comisión independiente compuesta por especialistas. Esta disposición, inicialmente prevista en la Disp. Adic. 9ª de la ley 11/1996, fue desarrollada por el Decreto 117/1997, de 8 de julio, por el que se regula la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción<sup>163</sup>, cuyos miembros son seleccionados por la Administración en atención a su cualificación personal. Este órgano se ocupa de resolver los recursos en materia de prestaciones económicas y servicios sociales (rentas mínimas de inserción), evaluando las situaciones de necesidad de los solicitantes o beneficiarios y pudiendo, incluso, dictar instrucciones dirigidas a la Administración asistencial aragonesa destinadas a orientar y mejorar su funcionamiento.

- Más recientemente, el artículo 23 de la Ley 15/2002, de 27 de diciembre, por la que se crea la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid (ACAP)<sup>164</sup>, sustituye el recurso potestativo de reposición, contra los actos dictados por el Presidente de la Agencia en los procedimientos de evaluación de actividades docentes, investigadoras y de gestión del profesorado universitario, por un procedimiento de conciliación que también es de carácter facultativo, (de acuerdo con el párrafo segundo del art. 107.2 LRJ-PAC). En el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, el interesado interpondrá escrito de reclamación de la resolución ante la Agencia, que procederá a designar una Comisión de Conciliación, compuesta por tres expertos independientes, de los que uno podrá ser propuesto por el interesado. Dicha comisión deberá resolver la reclamación en el plazo de tres meses mediante informe motivado y su resolución pone fin al procedimiento, quedando abierta la vía contencioso-administrativo. Esta novedad viene, sin duda, a constituir una garantía para el administrado, aunque no puedo dejar de hacer dos críticas. La primera, relativa al plazo de tres meses para emitir la decisión, que parece excesivo, especialmente si tenemos en cuenta el plazo máximo de un mes que el art. 117 LJR-PAC

---

<sup>163</sup> Sobre la misma véase Garcés Sanagustín, Ángel; *La Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción*. JA, nº 6. 2000. Págs. 311 a 318.

<sup>164</sup> Véase también el punto séptimo de la Resolución de 5 de diciembre de 2003, del Presidente de la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid.

establece para dictar y notificar la resolución del recurso potestativo de reposición. Y la segunda, para señalar que no estamos ante un procedimiento de conciliación, (ya que el órgano decide directamente la cuestión), sino, como hemos visto anteriormente, ante un procedimiento sustitutivo de impugnación ante una comisión específica cuya decisión pone fin a la vía administrativa. Destaca, eso sí, el mandato del legislador para que la Agencia garantice la confidencialidad de estos procedimientos.

- Aunque no constituye un desarrollo directo del art. 107.2 LRJ-PAC, la intervención del Jurado Provincial de Expropiación, regulado en los artículos 31 a 35 LEF y en el 32 a 38 de su reglamento, supone también la intervención de un órgano que, como dice la Exposición de Motivos de la propia Ley, compone las dos funciones, pericial y jurídica, que aportan especialización y preparación en la cuestión a decidir. Estamos ante un órgano administrativo especializado e independiente que resuelve el expediente de justiprecio cuando el propietario rechaza la valoración efectuada por la Administración. Su resolución pone fin a la vía administrativa y sólo es impugnabile ante los órganos contencioso-administrativos.

- Los Tribunales Económico Administrativos son órganos administrativos, bastante independientes y especializados, integrados dentro del Ministerio de Hacienda. Se ocupan de resolver las reclamaciones económico-administrativas frente a actos de aplicación de tributos y de imposición de sanciones tributarias, constituyendo un importante filtro al contencioso-administrativo, derivado de la especialidad e independencia del órgano que resuelve las reclamaciones. Su regulación se contiene en la Disp. Adic. 5ª LRJ-PAC, en los artículos 213 y 226 a 248 LGT, y en el Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas<sup>165</sup>. Su funcionamiento ha dado importantes resultados y su supresión en materia de tributos locales levantó fuertes críticas.

---

<sup>165</sup> Éste último vigente en virtud del número 2 de la Disposición Derogatoria Única LGT. Sobre las reclamaciones económico-administrativas véanse las páginas 342 y 343.



- Precisamente, a raíz de la supresión por los artículos 108 y 113 LBRL de las reclamaciones económico-administrativas en el ámbito local, el Ayuntamiento de Barcelona creó el *Consell Tributari*, un órgano especializado e independiente, al que los contribuyentes pueden acudir para presentar sus quejas relativas a tributos locales. Como veremos más adelante<sup>166</sup>, el Ayuntamiento, antes de resolver los recursos potestativos de reposición presentados en materia tributaria (art. 14.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que se corresponde con el antiguo art. 14.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre), requiere el dictamen preceptivo pero no vinculante del Consejo Tributario. No estamos ante un mecanismo de sustitución del recurso administrativo, pero sí ante una vía que ayuda al Ayuntamiento a dar una solución especializada, objetiva e independiente al recurso, dotándolo de utilidad y constituyendo al mismo tiempo un importante filtro previo al contencioso. Esta solución se ha mostrado muy positiva en la práctica y, por ello, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, la ha extendido a los municipios más importantes. Hay que destacar, sin embargo, que, en el nuevo recurso previsto en el artículo 137 LBRL, el órgano especializado que sustituye a la Administración sí que tiene facultad para resolver las reclamaciones económico-administrativas, (que se vuelven, por tanto, a recuperar en el ámbito local), lo que constituye un verdadero mecanismo alternativo de solución de conflictos<sup>167</sup>. Desgraciadamente, no se ha aprovechado esta modificación legal para extender esta fórmula a otros municipios más pequeños, ni tampoco a otros supuestos que exigen una solución rápida e independiente (recursos frente a la denegación de información solicitada por concejales<sup>168</sup>, expedientes de declaración de ruina, etc). Con ello se habría contribuido a mejorar la Justicia Administrativa local, cuyos desajustes han provocado en los últimos años una cierta tendencia a utilizar la vía

---

<sup>166</sup> Véanse las páginas 343 a 347.

<sup>167</sup> Véanse las páginas 346 y 347.

<sup>168</sup> Normalmente, el recurso de reposición se desestima y, aunque el recurso judicial se tramite por el procedimiento especial par la protección de los derechos fundamentales, la solución ya no será útil a quien necesita la información.

penal en asuntos locales (especialmente urbanísticos), ya que las vías administrativa y contencioso-administrativa se han demostrado incapaces de dar a estos problemas una respuesta satisfactoria. Ante esta lentitud, se huye hacia otras jurisdicciones más rápidas buscando no tanto la sanción penal como la reparación del daño.

- También en materia tributaria, los obligados pueden promover la tasación pericial contradictoria frente a los valores comprobados por la Administración, lo que podrán hacer dentro del plazo para interponer el primer recurso o reclamación frente a la liquidación, o en el momento en que las normas específicas determinen (arts. 134 y 135 LGT). Un tercer perito independiente decide el valor que debe servir de base a la liquidación, cuando el importe de la tasación efectuada por la Administración supera en un 10 % a la del interesado o es mayor de 120.000 Euros.

- El artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, permite a los administrados que consideren que la Administración ha hecho un mal uso de los ficheros que contienen sus datos personales presentar una reclamación ante una autoridad administrativa independiente: la Agencia Española de Protección de Datos. De acuerdo con el art. 35 de esta Ley, la Agencia es un ente de Derecho Público que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas. Entre sus funciones está, por tanto, la de atender las reclamaciones y peticiones formuladas por las personas afectadas (art. 37.1), lo que se lleva a cabo mediante el procedimiento regulado en el art. 17 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio. Se trata de un procedimiento contradictorio que permite a la Agencia solucionar dicha reclamación en un plazo breve. La resolución del Director puede ser recurrida en vía contencioso-administrativa.

- En materia deportiva, las resoluciones dictadas con carácter definitivo en materia de disciplina deportiva por las Federaciones españolas, por las Ligas profesionales, o por las Agrupaciones de clubes de ámbito estatal, pueden ser recurridas,

en un plazo de quince días hábiles, ante el Comité Español de Disciplina Deportiva que es un órgano adscrito al Consejo Superior de Deportes. Actuando con independencia, decide en última instancia, en vía administrativa, las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia. Sus resoluciones agotan la vía administrativa, (arts. 84 y 85 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre del Deporte, 52 del real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Deportiva y Orden de 2 de abril de 1996, reguladora de la composición y régimen de funcionamiento de este Comité).

Esta vía previa constituye un mecanismo eficaz de garantía del administrado y al mismo tiempo permite la descongestión de los Tribunales. Sin embargo, su definitiva puesta en práctica debe contar con la voluntad administrativa de someterse a la decisión de órganos independientes o a procedimientos de mediación, conciliación o arbitraje. De la voluntad de la Administración y de su defensa objetiva del interés general depende la eficacia real, no sólo de estos mecanismos, sino de todos los medios alternativos de resolución de conflictos, lo que en el caso de nuestro país exige un claro cambio de mentalidad de todos los poderes públicos.

En los epígrafes que vienen a continuación analizaremos las técnicas de arbitraje, transacción, mediación y conciliación como vías alternativas al proceso judicial. Aunque existen algunas diferencias de régimen jurídico, ya que en esta ocasión caso nos encontramos ante vías sustitutivas del recurso administrativo y no del contencioso-administrativo, nos remitimos a las explicaciones sobre su concepto, funciones y procedimiento.

## **B) ARBITRAJE.**

### **a) Concepto y naturaleza jurídica. Modalidades.**

En virtud de la técnica arbitral, las partes, voluntariamente y de común acuerdo, confían a un tercero independiente y especializado la solución de sus diferencias mediante una decisión o laudo que las vincula (tiene fuerza de cosa juzgada), sin perjuicio de que el laudo pueda ser posteriormente impugnado ante los Tribunales por causas tasadas<sup>169</sup>. El arbitraje se considera un mecanismo heterocompositivo en tanto la solución de la disputa viene impuesta obligatoriamente por el árbitro u órgano arbitral.

Como han afirmado las SSTC 56/1990, de 29 de marzo, 62/1991, de 22 de marzo, 288/1993, de 4 de octubre, 174/1995, de 23 de noviembre, y 196/1997, de 13 de noviembre, el arbitraje tiene carácter jurisdiccional, pues el árbitro resuelve el conflicto imponiendo su decisión, que vincula a las partes, mediante un proceso especial ajeno a la jurisdicción estatal<sup>170</sup>. La intención de las partes es procurar solventar el conflicto, evitando que el pleito no llegue a producirse. Únicamente podrá existir un control judicial del laudo si se insta su anulación por motivos tasados, pudiendo los órganos judiciales incurrir en una auténtica extralimitación jurisdiccional. Como ha puesto de

---

<sup>169</sup> En sentido parecido Sánchez Morón, Miguel; *Derecho de la Función Pública*. 4ª Edición. Tecnos. Madrid, 2004. Pág. 324. BUSTILLO BOLADO considera que «el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, un sistema heterocompositivo *alternativo al proceso* por el que las personas naturales o jurídicas pueden someter una controversia, previo *convenio*, a personas, órganos o entidades diferentes de las que integran el Poder Judicial, cuya decisión (laudo) está legalmente dotada de fuerza de cosa juzgada. El sometimiento de un conflicto a arbitraje supone excluir tal asunto del conocimiento de Jueces y Tribunales, que sólo extraordinariamente, por motivos tasados, podrán decidir sobre la validez o nulidad del laudo». *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. pág. 295. En esta línea también Huergo Lora, Alejandro; *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 153.

<sup>170</sup> El FJ 3 de la STC 288/1993, de 4 de octubre, establece: «La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales ... Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es [STC 62/1991] “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”».

manifiesto TORNOS MAS<sup>171</sup>, «este tercero, en cuanto elemento ajeno al orden jurisdiccional, resuelve con *jurisdictio* (se la reconocen las partes y el ordenamiento jurídico), pero carece de *imperium* para imponer su decisión». Por ello, en caso de incumplimiento del laudo, las partes deberán acudir a la vía judicial, pues sólo los Juzgados y Tribunales pueden hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 C.E., 2.1 LOPJ y 103.1 LJCA).

Nos encontramos ante un procedimiento que es ágil y rápido pero también formalizado. Esto último lo exige la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y el respeto al ordenamiento jurídico y a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, pues, si el arbitraje es vinculante, éstas se verán sometidas a la decisión del árbitro y no podrán intervenir directamente en la solución final.

Existen múltiples clasificaciones de los procedimientos arbitrales que pasamos a exponer a continuación:

- El arbitraje puede ser voluntario, cuando las partes acuden libre y voluntariamente a este procedimiento para arreglar sus divergencias, u obligatorio cuando las normas imponen el recurso al arbitraje con independencia de la voluntad de las partes. Obviamente, y como hemos apuntado en el Capítulo II, la imposición a los particulares del recurso a la técnica arbitral es claramente inconstitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

- También podemos encontramos con arbitrajes de carácter general o específico. En el primero las partes de una relación jurídica acuerdan solucionar todas sus diferencias futuras a través de este mecanismo, por lo que introducen la llamada cláusula compromisoria, que remite al arbitraje la resolución de cualquier divergencia o problema

---

<sup>171</sup> *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ... Op. cit. pág. 173. Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local. Op. cit. pág. 109. ROSA MORENO, en este sentido, ha manifestado que «el laudo arbitral en Derecho Administrativo se ha de concebir, si se quiere, como un *tercium genus* entre acto y sentencia, pero su carácter procesal es innegable y así también su similitud con la sentencia, al incorporar, en cuanto a sus efectos, el carácter de cosa juzgada; es evidente que la ejecución se regiría por lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa». Op. cit. pág. 126.*

ulterior. Sin embargo, en el específico las partes someten a arbitraje el arreglo de un conflicto concreto que ya ha surgido, por lo que proceden a suscribir un compromiso o convenio arbitral en el que fijan las características del procedimiento. En mi opinión, en el arbitraje de Derecho Público sólo debe admitirse la segunda modalidad, al menos hasta que se cuente con una importante experiencia práctica. En un principio, parece aconsejable que sólo se sometan a fórmulas arbitrales controversias concretas, ya que no existen datos que permitan a las partes comprometerse en este sentido *pro futuro*<sup>172</sup>.

- Las partes pueden igualmente contemplar la posibilidad de resolver su enfrentamiento jurídico a través de un arbitraje condicionado. En el convenio arbitral, pueden acordar que el laudo se encuentre dentro de una lista de posibles resultados previamente definidos, por lo que condicionan su aceptación a dicha resolución.

- El arbitraje puede llevarse a cabo con carácter vinculante o meramente consultivo (no vinculante). El primero sería el arbitraje propiamente dicho, pues la solución del tercero resuelve definitivamente el conflicto al tener que ser aceptada por las partes, pudiendo únicamente ser objeto de recurso en vía judicial. El carácter jurisdiccional del arbitraje fuerza a las partes a cumplir el laudo válidamente emitido con lo que la controversia queda resuelta de forma rápida y eficaz. En cambio, en el segundo, la solución del árbitro no vincula a las partes, circunstancia que debe ser recogida expresamente por éstas en el convenio arbitral. A partir de esta decisión consultiva del árbitro las partes podrán negociar otra solución diferente. También podrán acudir al recurso contencioso-administrativo. Para que esto último pueda producirse, el laudo deberá comunicarse a las partes dentro del plazo de interposición de los recursos (artículos 115 y 117 LRJ-PAC o 46 y 128 LJCA). Éste segundo supuesto supone el fracaso del mecanismo arbitral y, para evitarlo, las partes podrán estipular penalizaciones

---

<sup>172</sup> Ya hemos visto como en el ordenamiento francés la cláusula compromisoria se encuentra, salvo excepciones puntuales, prohibida para las entidades de Derecho Público. Véase el epígrafe B.a) del Capítulo IV de la Segunda Parte. En el arbitraje privado español, la Exposición de Motivos de la antigua Ley 36/1988, de 5 de diciembre, explicó la supresión de la distinción efectuada por la antigua Ley de 1953 entre contrato preliminar de arbitraje (o cláusula compromisoria) y compromiso o convenio arbitral. El actual art. 9 LARB permite a las partes expresar su voluntad de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La sección 575 del Título 5 U.S.C. parece también permitir esta posibilidad para la resolución de conflictos administrativos en Estados Unidos. Véase la nota 77 de la Parte Primera de este trabajo.

-por ejemplo, el pago de los costes del procedimiento- para quien rechace el laudo. Hay quien razonadamente piensa que el arbitraje no vinculante equivale a la mediación, pues en ambos casos las partes no están obligadas a aceptar la solución propuesta por el tercero. Sin embargo, entiendo que, aunque próximas por la voluntariedad del procedimiento y el carácter consultivo de la decisión final, son claramente diferenciables, al igual que ocurre en otros ordenamientos mucho más avanzados<sup>173</sup>. El arbitraje no vinculante descansa en un procedimiento formal, diseñado por las partes pero bajo el control del árbitro, quien termina por dar una única solución al conflicto fundada en Derecho. En cambio, la mediación tiene un carácter completamente informal donde las partes negocian con la intervención activa de un tercero que puede proponer distintas propuestas o recomendaciones en función de la disposición de éstas a cumplirlas.

- Como ya hemos visto anteriormente, se puede acudir, en las condiciones previstas en el artículo 107.2 LRJ-PAC, a mecanismos de arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso frente a las decisiones de la Administración. En este supuesto, el laudo arbitral pone fin a la vía administrativa e intenta, al mismo tiempo, terminar definitivamente con el conflicto.

- Contra las decisiones de la Administración que han agotado la vía administrativa previa, también se puede recurrir a un procedimiento arbitral, siempre y cuando exista acuerdo previo de las partes y estemos ante materias en que esto resulte posible. Aunque no hay ninguna regulación que desarrolle este posible sometimiento de las partes al arbitraje, normalmente éste se llevará a cabo de forma extrajudicial, es decir, fuera de cualquier procedimiento contencioso-administrativo, a diferencia de los medios de resolución de controversias recogidos en el artículo 77 LJCA. Se pretende, pues, solucionar la controversia y evitar el recurso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien las partes deberán tener en cuenta el posible transcurso de los plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo, cuya suspensión a petición

---

<sup>173</sup> En los Estados Unidos, muchos Tribunales imponen un arbitraje consultivo como filtro previo al proceso judicial. Pese al riesgo de incrementar los costes y el tiempo del proceso si las partes rechazan el laudo, la experiencia está siendo muy positiva. Véase la página 52 de este trabajo y las notas 74 a 76 de la Primera Parte.

de las partes podría ser considerada por el futuro legislador.

- Igualmente, se puede producir un arbitraje judicial, cuando las partes, en el seno de un procedimiento contencioso-administrativo en primera o única instancia, hayan estimado conveniente, previa consulta y de acuerdo con el órgano judicial, someter el asunto a un procedimiento arbitral, que será tutelado por el Juez o Tribunal. Aunque el artículo 77 LJCA parece no contemplar el uso del arbitraje, podría llegar a aceptarse que, *lege data*, en los procedimientos en primera o única instancia sobre materias susceptibles de transacción, el Juez o Tribunal pueda permitir a las partes que remitan a un tercero neutral y especializado la rápida solución del asunto -arbitraje-. Sin embargo, es conveniente que la decisión del árbitro no sea vinculante para las partes y que éstas, en base al laudo emitido, puedan proponer libremente al órgano contencioso-administrativo la solución del asunto. Con ello se seguirá hablando de acuerdo y se respetarán los presupuestos legales del artículo 77 LJCA, que busca una solución pactada entre las partes y no impuesta por un tercero. Como coherentemente ha defendido el Prof. PÉREZ MORENO<sup>174</sup>, una regulación futura de los modos alternativos de arreglo de litigios administrativos podría contemplar la remisión del asunto por el órgano judicial a un arbitraje vinculante, en términos similares a los del artículo 77 LJCA, que en su actual redacción parece no contemplar esta posibilidad.

- Se puede hablar también de arbitrajes mixtos, que vienen precedidos de una transacción o una mediación por las que las partes acuerdan el sometimiento del asunto a arbitraje. Al igual que en el modelo americano, el arbitraje se puede combinar con otras

---

<sup>174</sup> PÉREZ MORENO propuso hace tiempo, cuando el Proyecto de Ley se encontraba en el Senado, la incorporación de un párrafo dinamizador del arbitraje con el siguiente contenido:

«4.- Del mismo modo, el Juez o Tribunal podrá resolver, a instancia de todas las partes personadas, la procedencia de someter a arbitraje la controversia sobre las expresadas materias, fijando el plazo máximo para la emisión del laudo y suspendiendo el curso de las actuaciones si fuere contradictoria su continuación.

Si el laudo no es impugnado el juez o tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento. Si el laudo fuera impugnado por causa de nulidad por algunas de las partes, el Juez o Tribunal decidirá sobre la validez del mismo, y si lo declara nulo, reanudará la continuación del procedimiento. Cuando existan otras cuestiones en el litigio distintas a las sometidas a arbitraje, se reanudará el procedimiento quedando a la resolución judicial definitiva la incorporación del laudo al conjunto de aquélla».

En *Justicia Administrativa y fórmulas alternativas*. Op. cit. págs. 13 y 17 a 19. También en *La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo*. JA, nº extraordinario (*La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*). 1999. Pág. 118. Artículo 77. REDA, nº 100 (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*). 1998. Pág. 553. Véase la nota 201.



figuras en la búsqueda de una solución más fácil y eficaz. Así, por ejemplo, las partes pueden intentar solucionar sus diferencias a través de la mediación de un tercero y pactan, para el caso de que fracase, su solución mediante un arbitraje de éste u otra persona previamente designada por las partes (ya que la imparcialidad del primero ha podido verse afectada durante las conversaciones previas en las que ha podido recibir informaciones confidenciales). También pueden fijarse los hechos con carácter previo al procedimiento arbitral, cuando unos expertos preparan un informe de la controversia, que servirá luego de base para la decisión del árbitro. A la inversa, durante el procedimiento arbitral las partes pueden llegar a un acuerdo que ponga fin al primero, pudiendo desistir del arbitraje o incluso solicitar al árbitro que protocolice dicho arreglo amistoso.

- En función de la naturaleza de las partes también podemos hablar de arbitraje entre particulares y Administraciones Públicas, o de arbitraje entre Administraciones Públicas. En este segundo supuesto podremos distinguir el arbitraje intra-administrativo, cuando el conflicto surge entre entes u órganos dependientes de una Administración matriz, del arbitraje inter-administrativo, cuando el problema se plantea entre dos o más Administraciones Públicas. En nuestro ordenamiento, no cabe hablar en puridad de arbitraje intra-administrativo, ya que las diferencias surgidas en el seno de una misma Administración deben solucionarse mediante vías de cooperación y, en su caso, a través de la oportuna coordinación ejercida por el órgano superior jerárquico. No debe olvidarse que el art. 20 LJCA impide a los órganos administrativos interponer recurso contencioso frente a una actividad de la Administración de la cual dependan, salvo en los supuestos en que una Ley lo autorice expresamente, (lo que ocurre en el caso de miembros de entidades locales que hubieran votado en contra de los actos o acuerdos de la corporación, art. 63 LBRL).

- En Derecho Administrativo el arbitraje ha de ser de Derecho y no de equidad (según el saber y entender del árbitro). Por contra, en el arbitraje privado, el art. 34.1 LARB permite el recurso a la equidad, aunque sólo si las partes lo han autorizado así expresamente a los árbitros (por lo que se invierte la regla del antiguo artículo 4

LARB/88). Cualquiera de estas dos soluciones debe ser completamente descartada para un arbitraje administrativo<sup>175</sup>, donde la infracción del ordenamiento jurídico ha de ser una de las causas de impugnación de los laudos arbitrales, ya que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, correspondiendo a los Tribunales de Justicia el control de la legalidad de sus actuaciones (arts. 103 y 106 C.E.). La defensa del interés general obliga siempre al respeto escrupuloso de las normas jurídicas<sup>176</sup>. Únicamente podría hablarse de un arbitraje de equidad, que en todo caso deberá realizarse dentro de la legalidad vigente, en aquellos asuntos en que el conflicto se centre en cuestiones de interpretación o de valoración, como ocurre, por ejemplo, con los aspectos discrecionales de las decisiones administrativas o con la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados.

### **b) Arbitraje y actividad arbitral de las Administraciones Públicas.**

Conviene distinguir el arbitraje administrativo de lo que el Prof. PARADA VÁZQUEZ<sup>177</sup> denomina actividad administrativa arbitral, que es aquella que realiza la

---

<sup>175</sup> FALCÓN Y TELLA ha mantenido, en relación con la utilización de estos otros medios de resolver los conflictos, que «el Derecho público no tiene por qué ir a la zaga del privado en estas cuestiones, pues la potenciación de soluciones transaccionales y arbitrales tampoco vulnera las exigencias de la reserva de ley, en la medida que los árbitros resuelvan en Derecho». *El arbitraje tributario*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 260. Para TORNOS MAS «el arbitraje debe ser en todo caso voluntario y de derecho». *Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local*. Op. cit. pág. 112. Véase también Maresca Cabot, Juan Carlos; *El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. pág. 33.

<sup>176</sup> En Francia el *Conseil d'État* parece desaconsejar, aunque con alguna crítica, el arbitraje de equidad. Véase la nota 126 de la Segunda Parte.

<sup>177</sup> Véase al respecto Parada Vázquez, Ramón; *Derecho Administrativo I*. Op. cit. págs. 517 a 545. Según este autor, «una cosa es que la Administración cuando se encuentra en un conflicto con otro sujeto, de Derecho público o privado, someta al juicio de un tercero la resolución de la controversia, y otra muy distinta es que ella misma arbitre sobre bienes o derechos de particulares en ejercicio de una potestad administrativa atribuida por la Ley, desarrollando lo que hemos denominado la actividad arbitral de la Administración ... El supuesto de hecho necesario para calificar un acto administrativo de arbitral es la existencia de un conflicto en que se enfrentan dos o más sujetos con pretensiones opuestas e inconciliables, conflicto cuya resolución la Ley atribuye a la Administración de forma *obligatoria* y vinculante para ambos contendientes. La Administración no puede dejar de resolver el conflicto y lo ha de hacer con carácter vinculante, es decir, mediante un acto administrativo que, como todos, se impone por su presunción de validez y fuerza ejecutoria». Este acto administrativo, que puede ser objeto de recurso judicial (habrá que estar aquí al carácter público de la controversia o a la aplicación de las reglas de la Ley de Arbitraje si ésta es de naturaleza privada), debe llevarse a cabo, según este autor, bajo los principios de neutralidad del órgano administrativo e igualdad de

Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. Cuando la Administración desempeña una actividad arbitral, actúa como un tercero neutral resolviendo la controversia surgida entre dos particulares, mientras que cuando hablamos de arbitraje administrativo nos referimos al sometimiento a esta técnica de un conflicto en que la Administración es una de las partes y el árbitro es un tercero independiente y especializado. En el primer caso, la actividad administrativa se pone al servicio de la resolución de conflictos entre diversos operadores del mercado, o entre éstos y los usuarios de los diferentes sectores<sup>178</sup>. Varias son las materias en que se suele producir esta actividad arbitral de las Administraciones Públicas. Entre ellas, debemos destacar las siguientes<sup>179</sup>:

- En primer lugar, cuentan ya con una amplia experiencia las denominadas Juntas Arbitrales de Consumo que las Comunidades Autónomas han ido constituyendo al amparo del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo creado por el art. 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Estos órganos de arbitraje están integrados por representantes de los sectores afectados, de los consumidores y usuarios, y de las Administraciones Públicas. El sometimiento a este sistema es voluntario y debe constar por escrito. El art. 10.1 de la citada Ley exige claridad en los convenios arbitrales. Más específicamente, el art. 5.4 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, remite a las Juntas Arbitrales de Consumo las controversias surgidas entre los operadores postales y los usuarios. Las controversias que no se sometan a dichas Juntas podrán tramitarse ante el Ministerio de

---

oportunidades y medios de defensa de las partes. Opiniones reiteradas en *Arbitraje y Derecho Administrativo. La actividad arbitral de la Administración*. Revista Galega de Administración Pública, nº 23. 1999. Págs. 13 a 43. Sobre la actividad administrativa arbitral véase también Canal Muñoz, José e Ibáñez Buíl, Pedro; *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 463 a 470.

<sup>178</sup> Así lo afirma GÓMEZ-REINO Y CARNOTA en *El arbitraje administrativo en el Derecho de la Competencia*. RAP, nº 162. 2003. Pág. 8.

<sup>179</sup> PARADA VÁZQUEZ considera también que La Comisión Nacional del Mercado de Valores, (Ley 24/1988, de 28 de julio), arbitra fundamentalmente los conflictos entre las empresas que cotizan en bolsa sobre los procedimientos de adquisición pública de acciones (OPAS). En *Derecho Administrativo I*. Op. cit. pág. 524.

Fomento, mediante un procedimiento basado en los principios de celeridad y gratuidad. También, en materia de seguros, el art. 61 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, remite al sistema arbitral previsto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios la resolución de los conflictos que puedan surgir entre tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras, sin perjuicio de la reclamación administrativa que éstos puedan presentar ante la Dirección General de Seguros para mantener el equilibrio contractual en sus contratos.

- La Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, (creada al amparo del art. 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y regulada en el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo), se encarga de resolver los conflictos que puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión, como consecuencia de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, en lo que se refiere a la concesión de autorizaciones no exclusivas a la celebración de contratos generales y al establecimiento de tarifas generales.

- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) es una entidad de derecho público que tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto en su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos (art. 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones). Entre las funciones que la Ley General de Telecomunicaciones le asigna se encuentra -art. 48.3.a)- la de arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos

otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden<sup>180 y 181</sup>. Los artículos 6 a 18 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, -que permanecen vigentes en tanto no entre en vigor el Real Decreto al que se refiere el párrafo segundo del art. 48.3.a) de la citada Ley-, regulan esta función, así como un preciso procedimiento arbitral, indisponible para las partes, que se ajusta a los principios de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad. La sumisión al arbitraje ha de hacerse de forma expresa, mediante documento suscrito al efecto por los interesados o mediante cláusula de un contrato principal por el que las partes acuerdan someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir entre ellas. El coste del procedimiento es gratuito, salvo la práctica de pruebas, cuyo importe, salvo acuerdo expreso de las partes, habrá de adelantar quien las proponga y las comunes se satisfarán por partes iguales. El laudo dictado tiene eficacia de cosa juzgada, en los mismos términos que los dictados al amparo de la Ley de Arbitraje y su revisión, anulación y ejecución forzosa se acomodarán a lo dispuesto en la citada Ley. Sin embargo, y pese a que el 26 de marzo de 2001 la CMT firmó con las Cámaras de Comercio un convenio de colaboración para facilitar la rápida resolución de los conflictos entre los operadores de telecomunicaciones, los últimos informes anuales de

---

<sup>180</sup> La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, viene a derogar los apartados 1 y 2.a) del art. 1.Dos de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que regulaban esta función arbitral de la CMT. Anteriormente, el art. 1 del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, afirmaba que la CMT debía ejercer de órgano arbitral de los conflictos que surgiesen en el sector. Por otro lado, el art. 49.3.d) de la Ley General de Telecomunicaciones atribuye a la CMT la función de resolver de forma vinculante los conflictos que, en materia de interconexión y acceso a redes, surjan entre los titulares de las redes de telecomunicación y los operadores de servicios. En este caso, los Profs. CHILLÓN MEDINA y ESCOBAR ROCA afirman, refiriéndose al antiguo apartado 2.e) del art. 1.Dos de la Ley 12/1997, que no estamos ante un supuesto de actividad arbitral sino ante el resultado del ejercicio de una potestad administrativa típica, en tanto la función dirimente de carácter público conlleva un procedimiento administrativo contradictorio que culmina con la producción de un acto administrativo sometido al control de los tribunales contencioso-administrativos. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Op. cit. págs. 227, 228 y 252 a 257.

<sup>181</sup> Sobre la función arbitral de la CMT puede verse Chillón Medina, José María y Escobar Roca, Guillermo; *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Op. cit. págs. 227 a 261. Merino Merchán, José Fernando y Pérez-Ugena Coromina, María (Coords.); *Régimen de las Telecomunicaciones*. Tecnos. Madrid, 1998. Págs. 89 a 118. Sala Arquer, José Manuel; *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Civitas. Madrid, 2000. Págs. 27 a 31.

la Comisión no hacen sino constatar la falta de ejercicio práctico de esta competencia<sup>182</sup>. Ello puede deberse, en parte, a la falta de participación de las partes en la constitución del tribunal arbitral y a su indisponibilidad sobre el procedimiento. En el ámbito autonómico, por ejemplo, el art. 14 de la Ley Gallega 6/1999, de 1 de septiembre, del Audiovisual, faculta al Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual para ejercer funciones de arbitraje, con el objetivo de garantizar a los usuarios una oferta de servicios competitivos en los supuestos de situaciones de dominio del mercado, siempre que la cuestión fuese sometida por los interesados. También el art. 24 de la Ley 2/2001, de 18 de abril, de Contenidos Audiovisuales y Servicios Adicionales de la Comunidad de Madrid, atribuye al Consejo Audiovisual funciones de arbitraje, al que las partes deben someterse voluntariamente.

- El art. 25.g) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia la facultad de realizar funciones de arbitraje (ya sea de Derecho como de equidad) en los términos previstos en futuras leyes, y en particular las establecidas en el artículo 7 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos<sup>183</sup>.

- La Disp. Adic. 11ª de la ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, crea la Comisión Nacional de la Energía, organismo público que sustituye a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y que, entre otras funciones, debe actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los sujetos que

---

<sup>182</sup> La firma del convenio indicado pretende fomentar la práctica del arbitraje nacional e internacional entre operadores de redes y servicios de telecomunicaciones. Informe Anual 2001. Págs. 412 y 413. Destaca, sin embargo, como los informes más recientes ni siquiera hacen referencia a esta función arbitral de la CMT. El último informe que la comenta es el de 1999 que, en su página 220 manifiesta lo siguiente: «Tal y como sucedió en 1997 y 1998, durante 1999, la CMT no ha arbitrado de manera formal en ningún asunto, al no haberse solicitado su intervención de acuerdo con el procedimiento indicado en los conflictos que se presentaron entre los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones». Los citados informes pueden consultarse en [www.cmt.es](http://www.cmt.es).

<sup>183</sup> Véase al respecto Gómez-Reino y Carnota, Enrique; *El arbitraje administrativo en el Derecho de la Competencia*. Op. cit. págs. 7 a 17.

realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos. El ejercicio de esta función arbitral será gratuito y no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral, que tendrá carácter voluntario, se regirá por lo dispuesto en los artículos 7 a 13 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprueba el reglamento de la Comisión y, en su defecto, por las previsiones de la Ley de Arbitraje.

- En todas las Comunidades Autónomas se han creado las Juntas Arbitrales en materia de transporte<sup>184</sup>, que dirimen las controversias de carácter mercantil que surjan en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre. Estamos ante un arbitraje institucional de carácter gratuito donde la Administración ha acogido el papel de las antiguas Juntas de Detasas, creadas en el año 1932, impulsando su actividad. Desde los artículos 37 y 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, sobre Ordenación de los Transportes Terrestres se las ha dotado de material y personal especializado. Se componen de representantes de las empresas de transporte, de los cargadores y usuarios, y de miembros de la Administración que ostentarán la presidencia. El procedimiento ante las Juntas evita el formalismo y se caracteriza por su especialidad y oralidad, aunque garantiza en todo momento el respeto a las garantías procesales de las partes. El sometimiento a las mismas es absolutamente voluntario y a él pueden acudir no sólo las partes intervinientes, sino también aquellos que ostenten un interés legítimo en el cumplimiento del contrato. Su decisión puede ser recurrida ante los Tribunales de Justicia cuando concurren los requisitos de anulación que prevé la Ley de arbitraje. Las partes se pueden personar mediante representantes. Con carácter supletorio a lo

---

<sup>184</sup> Sobre las mismas véase Mateo Tejedor, Montserrat; *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*. Marcial Pons. Madrid, 1998. Téngase en cuenta la STC 174/1995, de 23 de noviembre, que declaró inconstitucional el precepto de la Ley de Transportes Terrestres que privaba de recurso jurisdiccional a las controversias sobre asuntos de cuantía inferior a 3005,06 Euros, que eran sometidas a arbitraje salvo pacto expreso en contrario de las partes. Ello significa, como dijo el Alto Tribunal, que «para someter una controversia de las características de las que aquí se trata al conocimiento de los Jueces y Tribunales es preciso un pacto que así lo prevea; y un pacto supone, necesariamente, el concierto de dos o más voluntades, lo que en último término, implica que el acceso a la vía judicial de las controversias sobre transportes terrestres de cuantía inferior a 500.000 pesetas está condicionado a que todas las partes implicadas presten su consentimiento ... al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” ... Quebranta, por tanto, 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».

dispuesto por los artículos 6 a 12 del Reglamento de Ordenación del Transporte Terrestre aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, rige la Ley de Arbitraje. La competencia de la Junta se basa en criterios de territorialidad (lugar de celebración del contrato, destino u origen del transporte, etc., siempre a elección del demandante) y de cuantía (3005,06 Euros), aunque para cuantías superiores se permite su intervención si existe pacto expreso de las partes.

- A nivel autonómico, destaca el art. 102 de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de Ordenación y Promoción del Turismo de Galicia, que permite a la Administración turística de la Xunta crear mecanismos de arbitraje, “de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre la materia”, para que las personas físicas y jurídicas sometan voluntaria y expresamente a la decisión de uno o varios árbitros la resolución de los conflictos que puedan surgir en relación con las materias reguladas en la citada Ley. Lo mismo hace el art. 74 de la Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del Turismo de Cantabria, el art. 72 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, y la Disp. Adic. 1ª de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, de Turismo de Aragón. Otras leyes autonómicas sobre turismo se remiten al sistema arbitral de consumo (art. 45 de la Ley 6/1994, de 16 de marzo, del País Vasco o art. 18 de la Ley 10/1997, de 19 de diciembre, de Castilla y León). También, las discrepancias entre arrendadores y arrendatarios sobre la declaración de ruina del inmueble alquilado son resueltas por la Administración (arts. 139.2 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, y 171.2 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid). Sin embargo, en este caso, la Administración no desempeña una actividad arbitral. La sumisión de las partes no es voluntaria y la resolución no constituye un laudo que dirima la controversia definitivamente. Más bien estamos ante un acto administrativo susceptible de recurso, que la Administración dicta -en base a una potestad que le atribuyen las normas- para dirimir estos conflictos y que supone la terminación de un procedimiento administrativo.



- Por último, las Administraciones Públicas se ven obligadas a intervenir muchas veces como árbitros ante el carácter que adquieren determinados conflictos de carácter privado, pero cuyas consecuencias afectan al interés general. Basten como ejemplos la huelga de conductores de autobuses urbanos de la Empresa Municipal de Transportes en Madrid, en abril de 2002, o la huelga de conductores de ambulancias en Navarra, en febrero de 2003. Estamos ante un conflicto laboral entre empresa y trabajadores, que afecta al interés público, al incumplirse un contrato de gestión de un servicio público y causarse graves perjuicios a sus usuarios.

### **c) El procedimiento arbitral. La figura del árbitro.**

En el Derecho Administrativo español no existe una oposición frontal a la técnica arbitral, pero tampoco el legislador facilita su aplicación práctica<sup>185</sup>. El artículo 39 LGP/1988, el art. 7.3 LGP/2003 y los preceptos similares de las legislaciones autonómicas<sup>186</sup> exigen, para poder someter a arbitraje las contiendas que se susciten

---

<sup>185</sup> Como han señalado ESCRIBANO TESTAUT y BENAVENTE CÓZAR, «en notorio contraste con el ámbito jurídico-privado, donde el recurso al arbitraje es habitual, la resolución de las controversias entre la Administración y los ciudadanos se ha ventilado tradicionalmente en España mediante un sistema de autotutela administrativa, a través de los recursos de alzada y reposición, seguido de la impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. El arbitraje era una institución extraña al Derecho Administrativo y a las relaciones Administración/particulares, por más que se resaltaran sus ventajas y la oportunidad de su introducción como medio para soslayar la casi eviterna duración de los procesos contencioso-administrativos». *Artículo 3º.1.J. El arbitraje y la contratación administrativa*. En Ariño y Asociados; *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Tomo I*. Comares. Granada, 2002. Pág. 192.

<sup>186</sup> El art. 35 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid, requiere Decreto acordado en Consejo de Gobierno para someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los derechos de la Hacienda de la Comunidad. En Castilla-La Mancha, el art. 22 del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, exige acuerdo del Consejo de Gobierno previo Dictamen del Consejo Consultivo (art. 54.8 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha). En Cataluña, el art. 12.3 del Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña, exige Decreto acordado por el Consejo Ejecutivo. En Aragón el art. 23.3 del Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma, requiere Decreto del Gobierno de Aragón. En Navarra, el art. 15.2 de la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de Hacienda, exige acuerdo del Gobierno a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda. En Castilla y León, el art. 44.3 de la Ley 7/1986, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad Autónoma precisa Decreto de la Junta previa consulta del Consejo de Estado (tras el art. 4 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, la referencia es al Consejo Consultivo). En Extremadura, el art. 29.3 de la Ley 3/1985, de 19 de abril, de Hacienda de la Comunidad Autónoma, pide Decreto aprobado por el Consejo de Gobierno (previo dictamen del Consejo Consultivo de acuerdo con el art. 13 de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre). Finalmente, entre otras más, el art. 22.3 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía requiere Decreto acordado en Consejo de Gobierno (si la cuantía excede de

respecto de los bienes y derechos de la Hacienda Pública<sup>187</sup>, autorización mediante Real Decreto del Consejo de Ministros<sup>188</sup> previo dictamen preceptivo pero no vinculante del Consejo de Estado<sup>189</sup>. Por su parte, el art. 31 LPAP<sup>190</sup> precisa, para someter a arbitraje

---

300.506 Euros será necesario el informe previo del Consejo Consultivo, de acuerdo con el art. 16.7 de la Ley 8/1993, de 19 de octubre). Por lo que se refiere a las entidades locales, el artículo 230, del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que sustituye al art. 214 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, exige mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. El art. 116 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, sobre régimen de la Administración Local de Navarra, sólo se refiere al arbitraje de las controversias o litigios sobre los bienes de derecho privado, exigiendo en este caso acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación.

<sup>187</sup> Recordemos que el artículo 22 LGP/1988 dispone: “Son derechos económicos de la Hacienda Pública y constituyen el haber de la misma:

- a) Los tributos, clasificados en impuestos, contribuciones especiales, tasas y exacciones parafiscales.
- b) Los rendimientos procedentes de su patrimonio.
- c) Los productos de operaciones de la Deuda Pública.
- d) Los demás recursos que obtenga la Hacienda Pública”.

Por su parte, el art. 5 LGP/2003, cuya entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2005, establece:

“1.- La Hacienda Pública estatal, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos.

2.- Los derechos de la Hacienda Pública estatal se clasifican en derechos de naturaleza pública y de naturaleza privada.

Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración general del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas”.

El art. 19.1 LGP/2003 precisa que “la efectividad de los derechos de naturaleza privada de la Hacienda Pública estatal se llevará a cabo con sujeción a las normas y procedimientos del derecho privado”.

<sup>188</sup> Art. 39.1 LGP/1988: “Salvo en caso de concurso, no se podrá transigir judicialmente ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros previa audiencia del de Estado en Pleno”. En el mismo sentido el art. 7.3 LGP/2003, cuya entrada en vigor tendrá lugar el día 1 de enero de 2005, afirma que “sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”. Véase, a modo de ejemplo, el Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, por el que se someten a arbitraje internacional los litigios que puedan surgir del contrato que establece las condiciones para la instalación en España de la mayor parte de la Colección Thyssen-Bornemisza.

<sup>189</sup> Véanse los artículos 2º.3 y 21.7 LCE. Como indica GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, existe «en los últimos tiempos, una creencia bastante generalizada en la conveniencia de facilitar el arbitraje en las cuestiones litigiosas de la Administración. En este sentido, el Consejo de Estado, en su dictamen 4464/1998, de 22 de diciembre de 1998, señala a este respecto que “comparte la opinión de que resultaría conveniente potenciar la figura del arbitraje ...”. Así, en el dictamen 214/1992 ya se afirmó que el arbitraje constituía “una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso”. *Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración*. Op. cit. pág. 416.

<sup>190</sup> El anterior art. 41 del Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprobaba el texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado exigía una Ley para autorizar el uso del arbitraje, lo que equivalía a impedir el recurso a esta técnica en tanto una Ley no lo autorizase expresamente. El actual art. 31 LPAP, (que recoge el criterio mantenido por el art. 40 del Decreto 1022/1964), unifica los requisitos exigidos a la transacción y al arbitraje, en coherencia con

las controversias que surjan sobre los bienes y derechos del patrimonio del Estado (tanto del dominio público como del dominio privado)<sup>191</sup>, Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno. Estas exigencias, que manifiestan la preocupación del legislador por evitar el expolio del patrimonio público, resultan excesivas e impiden totalmente en la práctica el desarrollo de la mayoría de los procedimientos arbitrales<sup>192</sup>. Si unimos esto a la falta de avances en las más recientes redacciones legislativas, se observan claramente las reticencias que tradicionalmente han existido sobre el uso de esta figura. Parece más

---

lo establecido en el art. 7.3 LGP/2003. Véanse también los arts. 4.3 y 20 de la Ley 1/1993, de 23 de marzo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja (que sólo permiten el sometimiento a arbitraje de controversias sobre bienes o derechos patrimoniales previo acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta del Consejero de Hacienda y Economía). El resto de las leyes de Patrimonio suelen contemplar esta exigencia: art. 22 de la Ley 14/1983, de 27 de julio, de Patrimonio de Euskadi; art. 23 de la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de la Comunidad de Castilla-La Mancha; art. 37 de la Ley Foral 17/1985, de 27 de septiembre, del Patrimonio de Navarra; art. 12 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de patrimonio de la Generalitat Valenciana; art. 15 de la Ley 7/1986, de 22 de diciembre, de Patrimonio de la Diputación Regional de Cantabria; art. 10 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid; art. 51 de la Ley 8/1987, de 28 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; art. 13 de la Ley 2/1992, de 9 de julio, de Patrimonio de Extremadura; art. 70 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 38 de la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias; 50 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad de Islas Baleares; y 25 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña. Incluso, los artículos 62 del Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, y 74 de la Ley 6/1987, de 7 de mayo, de Patrimonio de Castilla y León, todavía no adaptados a la nueva LPAP, exigen autorización por Ley.

<sup>191</sup> Los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones Públicas se delimitan en los artículos 3 a 8 LPAP, clasificándose en bienes demaniales o de dominio público, y bienes patrimoniales o de dominio privado. Los bienes demaniales se registrarán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, en su defecto, por la Ley de Patrimonio y sus disposiciones de desarrollo. Como derecho supletorio se aplicarán las normas de Derecho Administrativo y, subsidiariamente, las de Derecho Privado. El régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el establecido por las normas reguladoras del patrimonio de las Administraciones Públicas. Supletoriamente, se aplicarán las normas de Derecho Administrativo en las cuestiones relativas a la competencia para adoptar las decisiones y al procedimiento que ha de seguirse para ello, mientras que en el resto serán de aplicación las normas de Derecho Privado. De estos artículos se desprende que el art. 31 LPAP es también de aplicación al recurso a la transacción o al arbitraje sobre bienes de dominio privado. Autorizado el uso de estos procedimientos, se aplicarán las reglas del Derecho Privado, con la excepción de los actos separables sujetos al control contencioso-administrativo. García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Op. cit. págs. 692 y 693. Véanse también los arts. 2 a 8 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

<sup>192</sup> En esta misma línea, CORTADA ESTEVE ha entendido que «si bien el arbitraje no ha sido expresamente excluido del derecho administrativo, la exigencia de estos requisitos formales ha sido, tradicionalmente, uno de los principales obstáculos para la introducción de la técnica arbitral en el ámbito administrativo. Pese a que estos preceptos han articulado la incapacidad de la Administración para someterse a arbitraje más por razón de la materia que por razón de la persona, las remisiones a los mismos, efectuadas en algunas disposiciones administrativas, han dificultado la posibilidad de introducir el arbitraje, pues han seguido condicionando el sometimiento de la Administración al cumplimiento de los mismos requisitos». *El arbitraje: un medio alternativo en la Justicia Administrativa*. Op. cit. pág. 241.

lógico que la competencia del órgano administrativo que suscriba el convenio sea acorde con la naturaleza del asunto, pues no tiene sentido exigir la intervención del Consejo de Ministros para cuestiones de escasa entidad. La Administración deberá estar representada, pues, por el órgano competente, pero éste habrá de determinarse en función de la importancia del conflicto, para lo que serán de aplicación las reglas de desconcentración, delegación y avocación contenidas en los artículos 12 a 14 LRJ-PAC y en la Disp. Adic. 13ª de la LOFAGE<sup>193</sup>. Puede así seguirse una solución similar a la prevista en el artículo 12 LCAP o considerar que el órgano competente para resolver el asunto en vía administrativa es el que debe valorar el sometimiento de éste a un procedimiento arbitral, valorando, en función de las circunstancias concretas, lo mejor para el interés general. Convendría introducir en la LOFAGE alguna referencia aclaratoria al respecto.

Una vez autorizado el recurso al arbitraje, serán de aplicación las normas que regulan el funcionamiento de los servicios jurídicos del Estado y de otras Administraciones Públicas, que recogen expresamente la posibilidad de defensa de las Administraciones Públicas, sus organismos autónomos, entidades públicas de ellos dependientes y órganos constitucionales en procedimientos arbitrales y otras reclamaciones extrajudiciales, tanto de naturaleza nacional como internacional. Para ello, suelen exigir la autorización del titular del Departamento u organismo público correspondiente y el informe previo de la Dirección del Servicio Jurídico correspondiente<sup>194</sup>. Esta previsión parece más razonable que las contenidas en los

---

<sup>193</sup> Téngase en cuenta que el art. 11 LPAP permite la desconcentración de competencias relativas a adquisición, gestión, administración y enajenación de bienes y derechos del Patrimonio del Estado, lo que deberá autorizarse por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda. La desconcentración «supone la traslación no sólo de las facultades de ejercicio de la competencia, como es el caso de la delegación, sino de la titularidad misma de aquélla». Jiménez Aparicio, Emilio (Coord.); *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 552.

<sup>194</sup> Así se expresa el artículo 9 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, los artículos 1.e) y 3.b) de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, y el artículo 2.3 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. Véanse también el artículo 4.1.a) de la Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el art. 10 de la Ley 6/2003, de 3 de abril, reguladora de la asistencia jurídica de la Comunidad de Castilla y León, y el art. 14.5 del Decreto 19/1992, de 7 de

artículos 39 LGP/1988, 7.3 LGP/2003 o 31 LPAP, con las que guarda una cierta contradicción.

Refiriéndonos ya al procedimiento arbitral, lo primero que debe indicarse es que no parece conveniente aplicar a un arbitraje administrativo las reglas de la Ley de Arbitraje<sup>195</sup>. Teniendo en cuenta la anterior normativa, sería conveniente la elaboración de una regulación propia, de carácter estatal (art. 149.1 reglas 5ª, 6ª y 18ª C.E.), que caracterizase al arbitraje administrativo como voluntario y de Derecho. La Ley de Arbitraje podría, eso sí, resultar de aplicación supletoria en aquellos aspectos que no contradijesen el espíritu y contenido del ordenamiento administrativo. A continuación exponemos algunas de las notas características de este procedimiento arbitral.

Surgido el conflicto, las partes deben mostrar su voluntad de resolver sus diferencias mediante un procedimiento arbitral, para lo que es necesario que celebren, en primer lugar, lo que se conoce como **convenio o compromiso arbitral**. En este documento, las partes deciden someter libre y voluntariamente el asunto a la consideración de un árbitro, fijando las condiciones y reglas del procedimiento, el calendario de actuaciones, y el sistema de elección del árbitro<sup>196</sup>. Por ello, dada su

---

febrero, de organización y funcionamiento de los servicios jurídicos del Gobierno de Canarias.

<sup>195</sup> En este sentido López Menudo, Francisco; *Arbitraje y Derecho Público*. Op. cit. págs. 7 y 15. Parejo Alfonso, Luciano; *Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo»* ... Op. cit. pág. 27. Pérez Moreno, Alfonso; *La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo*. Op. cit. pág. 120. Cortada Esteve, Meritxell; *El arbitraje: un medio alternativo en la Justicia Administrativa*. Op. cit. pág. 240. BUSTILLO BOLADO, que muestra serias dudas a la utilización de la técnica arbitral en Derecho Administrativo, entiende que «podría quizá salvarse la constitucionalidad del sometimiento de la Administración a arbitraje, pero ello, tanto para relaciones de Derecho Público como de Derecho Privado, requeriría una Ley específica estatal que hoy por hoy en nuestro Ordenamiento Jurídico no existe». *Convenios y contratos administrativos* ... Op. cit. págs. 298, 299 y 308 a 311. En contra Maresca Cabot, Juan Carlos; *El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. pág. 32.

<sup>196</sup> Debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 9 LARB: «El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». También, el art. 12 LARB afirma que las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. Y el 25.1 establece que, siempre que se respeten los principios de igualdad y derecho a la defensa, «las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones». Finalmente, el art. 11.1 recuerda que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado.

trascendencia, es importante que este compromiso conste por escrito<sup>197</sup>, para facilitar su prueba ante eventuales problemas futuros que puedan producirse, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante un negocio jurídico que constituye la base del procedimiento. Igualmente, Administración y administrados deben tener la competencia o capacidad jurídica necesaria para comprometerse, es decir, para poder llevar a cabo lo dispuesto en el laudo. Necesitarán, pues, tener capacidad de disposición sobre el objeto del litigio, lo que plantea como hemos visto algunos problemas en el caso de la Administración. En mi opinión, en un arbitraje administrativo no ha de admitirse, al menos en un primer momento y a falta de una mínima experiencia práctica, la cláusula compromisoria, es decir, el pacto entre Administración y particular para someter a arbitraje todas las diferencias que en el futuro puedan surgir de una determinada relación jurídico-administrativa.

En Derecho Administrativo conviene prestar una especial atención al consentimiento de la Administración, dada la posición que ésta ostenta apoyada en la ejecutividad y ejecutoriedad de sus actos. Lo deseable sería que la Administración acudiese voluntariamente, junto con el interesado, a los procedimientos arbitrales. Sin embargo, no parece en principio muy probable que esta vaya a ser una conducta habitual. Con razón LÓPEZ MENUDO entiende que la falta de voluntad de las Administraciones Públicas para recurrir al arbitraje, reforzada por el privilegio de ejecutividad de sus actos, puede dar lugar a su escasa utilización práctica. Para que la vía arbitral pueda resultar operativa, este autor considera conveniente que el legislador, en determinadas materias, obligue a la Administración a proponer al interesado el cauce arbitral para resolver el conflicto, estando obligada a solucionar de este modo sus diferencias si la otra parte acepta. En el resto de las materias no excluidas de arbitraje seguiría aplicándose la regla general de la voluntariedad de las partes<sup>198</sup>. Los resultados de esta

---

<sup>197</sup> Así lo exige también el art. 9.3 LARB.

<sup>198</sup> En *Arbitraje y Derecho Público*. Op. cit. págs. 16 y 17. En sentido similar Sánchez Morón, Miguel; *Sobre la situación de la Justicia Administrativa en los albores del Siglo XXI*. Op. cit. pág. 318. También SANTAMARÍA PASTOR considera que exigir «el acuerdo de ambas partes (en concreto, el consentimiento de la Administración

solución no parecen dejar lugar a dudas. Sin embargo, parece que la misma podría implicar una cierta contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva expresada, entre otras, en sus Sentencias 56/1990, de 29 de marzo, 174/1995, de 23 de noviembre y 176/1996, de 11 de noviembre, (que entienden que el acceso a los Juzgados y Tribunales sólo puede quedar excluido voluntariamente por las partes y no forzosamente por el legislador). Igualmente, la sustitución de la voluntad del ejecutivo por la del legislativo en relación a la forma en que la Administración Pública debe resolver sus conflictos, puede plantear problemas de equilibrio de poderes. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares. La Administración tiene también un derecho a la tutela judicial efectiva, pero en tanto actúa como parte en un proceso judicial<sup>199</sup>. Hay que considerar, además, que la Administración no tiene un interés propio y que el legislador puede definir como criterio de interés público que la Administración se someta a un arbitraje obligatorio<sup>200</sup>, pues la Administración no es un sujeto más sino que está obligada a actuar al servicio de los intereses generales. En cualquier caso, el problema de fondo que debe afrontarse es el de la mentalidad de nuestras Administraciones Públicas, cuya actuación debería acercarse al ciudadano y ser mucho menos unilateral. La voluntad política de quienes rigen el funcionamiento de nuestras Administraciones es fundamental para poder prestar un mayor servicio al ciudadano y, por tanto, para utilizar sin miedos los cauces arbitrales cuando estén debidamente regulados.

En segundo lugar, es posible también que, de acuerdo con el órgano judicial, las

---

recurrida) supondría reducirlo a la total inutilidad». *Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 192. Esta exigencia no plantea tales problemas en los procedimientos de mediación, conciliación o transacción, pues en ellos la Administración conserva en todo momento su poder de decisión.

<sup>199</sup> Sobre el derecho a la tutela judicial de las Administraciones Públicas véase Velasco Caballero, Francisco; *Administraciones Públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*. Bosch. Barcelona, 2003.

<sup>200</sup> No hay que olvidar que, en las potestades regladas, el legislador no suple la voluntad de la Administración, sino que determina cuál ha de ser su comportamiento efectuando una regulación de las relaciones jurídico-administrativas en función de lo que políticamente considera más beneficioso para el interés general, lo que vincula de forma absoluta al ejecutivo y es controlado y garantizado por el judicial.

partes puedan someter a arbitraje la resolución de un asunto que ha tenido ya entrada en los Tribunales de Justicia antes de que el pleito haya quedado visto para sentencia. Sin embargo, como ya hemos expresado anteriormente, no nos parece que el uso del arbitraje ordinario o vinculante tenga acogida en la actual redacción del artículo 77 LJCA, en cuyo régimen jurídico podría incluirlo el legislador en un futuro<sup>201</sup>.

Una vez que las partes han decidido arreglar su enfrentamiento mediante un procedimiento arbitral entonces deberán designar libremente al **árbitro** (órgano individual) o al **colegio** o **panel arbitral** compuesto por varias personas. En este momento, las partes han podido también fijar en el convenio arbitral el llamado **arbitraje institucional**, por el que encargan a una institución independiente, de carácter público o privado, la resolución del conflicto. Estas instituciones suelen estar especializadas en determinados temas y se encargan de formar a expertos para la solución extrajudicial de conflictos, teniendo diseñados procedimientos específicos y asesorando a las partes al respecto<sup>202</sup>. Todos aquellos que desempeñen labores de árbitro deberán tener amplia experiencia profesional y competencia técnica en la materia objeto de conflicto. Además deben ser independientes e imparciales. En este punto podrán

---

<sup>201</sup> Véase la nota 174. Léase por su gran interés la propuesta que el Prof. PÉREZ MORENO efectúa de un texto que podría ser incorporado a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para facilitar la aplicación de un *arbitraje intraprocesal* bajo la supervisión del órgano jurisdiccional. Añade, además, una posible Disposición Transitoria que permitiría aplicar esta innovación legislativa a los procesos ya avanzados, exceptuando los que exista señalamiento para dictar sentencia. Como bien dice PÉREZ MORENO, «en ningún caso queda limitado el control judicial. Podríamos pensar que son árbitros colaboradores de los órganos jurisdiccionales. Las materias delimitadas acreditan la pertinencia de la colaboración. No se agravia a la función judicial cuando se ofrece una propuesta de resolución en asuntos abiertos al experto, y sometida al postrer control judicial definitivo». *Justicia Administrativa y fórmulas alternativas*. Op. cit. págs. 17 a 19. En el caso de que llegara a admitirse el arbitraje judicial o intraprocesal, el Juez o Tribunal mediante auto, una vez que las partes hubiesen convenido la remisión del asunto al procedimiento arbitral, deberá autorizar dicho procedimiento, una vez comprobados los requisitos que permiten su utilización, (ámbito material, capacidad de las partes para acudir al procedimiento, existencia de otros intereses legítimos afectados, etc.). Por ello, los interesados que fueren contrarios al arbitraje podrán interponer recurso de súplica en un plazo de cinco días contra la decisión del órgano judicial. Véase también su trabajo *El Arbitraje Administrativo*. Op. cit. págs. 296 a 299.

<sup>202</sup> Ya vimos el importante papel que en Estados Unidos jugó la ACUS, la *American Arbitration Association* (AAA), el *Federal Mediation and Conciliation Service* o la EPA. En España las Cámaras de Comercio suelen ejercer funciones arbitrales en el ámbito privado. Debemos destacar al Tribunal Arbitral de Barcelona ([www.tab.es](http://www.tab.es)) y a la Corte de Arbitraje de Madrid, que desempeñan sus funciones en diversos campos y llevan a cabo también importantes actividades de formación en relación con la resolución alternativa de conflictos.



aplicarse las causas de abstención y recusación previstas en los artículos 28 y 29 LRJ-PAC<sup>203</sup>. Parece preferible el recurso a un órgano arbitral colegiado, pues éste deberá estar compuesto por distintos miembros expertos tanto en cuestiones jurídicas como en las cuestiones técnicas que se deben aclarar. Igualmente, deberá regularse su régimen de retribuciones (tasas, pago de las mismas y posibilidad de efectuar provisiones de fondos de los honorarios<sup>204</sup>), la dotación y formación de los órganos y colegios arbitrales, el sistema de incompatibilidades, el ejercicio de las funciones de secretario, etc. El Ministerio de Justicia o el Ministerio de Administraciones Públicas deberían organizar un Registro de árbitros, mediadores, conciliadores e instituciones existentes para facilitar su formación y difusión, pudiendo incluso elaborar un sistema para la designación de neutrales a petición de las partes. Las Administraciones autonómicas y locales, en el seno de sus competencias, podrían hacer lo mismo.

Designado el árbitro o el colegio arbitral, éste deberá notificar a las partes la aceptación de su misión y con ello se hará cargo del **procedimiento** de acuerdo con lo pactado por éstas en el convenio arbitral o, si así lo han aceptado, según lo previsto en el procedimiento organizado por la institución a la que pertenezca. Conviene que, para evitar posibles problemas de impugnación en el futuro, todos los intereses legítimos que puedan verse afectados se encuentren llamados al procedimiento, circunstancia que el árbitro deberá comprobar una vez conocidas las posiciones de las partes y el objeto de la controversia<sup>205</sup>. El procedimiento deberá organizarse de una forma contradictoria, permitiendo a las partes por igual la presentación de sus posiciones, la de alegaciones posteriores, y la práctica de pruebas que puedan ayudar en la defensa de su pretensión.

---

<sup>203</sup> Véase también lo dispuesto en el art. 28.3 LORDP

<sup>204</sup> Posibilidad prevista en el art. 21.2 LARB y en el párrafo cuarto del art. 135.3 LGT.

<sup>205</sup> En el caso de que llegara a admitirse el arbitraje judicial o intraprocesal, el Juez o Tribunal mediante auto, una vez que las partes hubiesen convenido la remisión del asunto al procedimiento arbitral, debería autorizar dicho procedimiento, una vez comprobados los requisitos que permiten su utilización, (ámbito material, capacidad de las partes para acudir al procedimiento, existencia de otros intereses legítimos afectados, etc.). Por ello, los interesados que fuesen contrarios al arbitraje podrían interponer recurso de súplica en un plazo de cinco días contra la decisión del órgano judicial.

Incluso, el árbitro podrá pedir a las partes que expresen sus conclusiones antes de dictar el laudo. Los plazos deberán ser breves y podrá existir cierta flexibilidad, siempre que se garanticen el derecho a la defensa de cada una de las partes y el principio de contradicción<sup>206</sup>. El carácter oral o escrito dependerá de lo pactado por las partes, quienes podrán actuar por sí mismas o asistidas por abogado. Parece conveniente, por la celeridad que implica, un procedimiento oral, aunque el árbitro deberá conocer los documentos más importantes, pudiendo incluso reclamar de la Administración el expediente completo del asunto. El procedimiento arbitral terminará por laudo que decida la controversia, aunque, como es lógico, también puede terminar por desistimiento, allanamiento o renuncia de las partes, cuyos efectos deberán recogerse en una resolución arbitral o, si estamos en un arbitraje judicial, por auto del Juez o Tribunal.

Parece lógico que en el procedimiento arbitral exista la posibilidad de adoptar, en un reducido periodo de tiempo, medidas cautelares con el fin de asegurar la efectividad del laudo, cuando, previa valoración de las características e intereses del conflicto, la ejecución del acto administrativo u otra circunstancia puedan hacer peligrar la eficacia de la resolución y, por tanto, hacer inútil el recurso al arbitraje<sup>207</sup>. En todo caso, el árbitro ha de tener potestad para fijar las medidas cautelares que aseguren la

---

<sup>206</sup> Conforme al art. 24 LARB, “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”. En sentido parecido se expresaba el antiguo artículo 21 LARB/88 cuando manifestaba: “El procedimiento arbitral se ajustará en todo caso a lo dispuesto en esta Ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes”. En relación con los plazos, puede tomarse como referencia orientativa el de 6 meses, prorrogable por dos más (previa decisión motivada del árbitro, salvo acuerdo en contrario de las partes), que exige el art. 37.2 LARB para el completo desarrollo del procedimiento.

<sup>207</sup> Como señala CHINCHILLA MARÍN, al referirse al sentido de la ejecutividad del acto administrativo y de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, «el acto administrativo se verá privado de dicha cualidad cuando el interés general no exija la ejecutividad inmediata del mismo o cuando, aun exigiéndola, la protección cautelar frente al acto sea necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, evitando que el tiempo que dura el proceso termine por privarlo de su finalidad». *La tutela cautelar*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dirs.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 589. El Prof. LÓPEZ MENDUZA entiende que el árbitro debe contar con poderes suspensivos antes de dictar el laudo. *Arbitraje y Derecho Público*. Op. cit. pág. 17. También el Prof. TRAYTER JIMÉNEZ considera importante la regulación de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral. *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas*. Op. cit. pág. 77. En el mismo sentido Tornos Mas, Joaquín; *El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura*. Op. cit. pág. 24. Maresca Cabot, Juan Carlos; *El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. pág. 33.

eficacia del procedimiento y del laudo que ulteriormente pueda dictarse<sup>208</sup>. Del mismo modo, podrá denegarlas si considera que pueden perjudicar gravemente los intereses generales o de terceros. Igualmente, deberá condicionarlas a la prestación de una caución o garantía suficiente o acordar cualquier medida que considere adecuada, cuando estime que su adopción puede dar lugar a perjuicios de cualquier naturaleza, con el fin de poder proceder a su efectiva reparación. Cuando las normas jurídicas permitan que el arbitraje se pueda celebrar en el seno de un procedimiento judicial, resultará aconsejable que el árbitro se ayude del Juzgado o Tribunal para la adopción de estas medidas, o que, incluso, el órgano judicial las fije con carácter previo, antes de someter a la consideración de las partes la posibilidad de acudir a un arbitraje. A falta de regulación específica, serán aplicables las reglas contenidas en los artículos 129 a 136 de la LJCA, cuando no sean incompatibles o contrarias al espíritu y finalidad del procedimiento arbitral. Así, por ejemplo, antes de establecer cualquier medida, el árbitro deberá oír a la parte contraria, salvo en el supuesto de urgencia especial en que adoptará inmediatamente la medida y oír a las partes en los tres días siguientes. Frente a la decisión del árbitro relativa a la adopción o no de medidas cautelares, en principio parece que únicamente debería ser posible un recurso de súplica ante el propio árbitro, pues no se debe tratar de entorpecer aún más la labor de los Tribunales de Justicia que, en todo caso, podrán verificar posteriormente el contenido del laudo y sus efectos. Ahora bien, cuando estemos en un proceso judicial y sea el Juez o Tribunal el que resuelva por auto el incidente cautelar con carácter previo al sometimiento a la consideración de las partes de una posible remisión del asunto a arbitraje, parece que habrá que aplicar el régimen general previsto en los artículos 80.1.a) y 87.1.b) LJCA, que permiten la apelación o casación del auto.

Podría valorarse la posibilidad de suspender el cómputo de los plazos de interposición de un recurso contencioso, cuando se iniciase un procedimiento arbitral.

---

<sup>208</sup> El artículo 23 LARB introduce como novedad en el arbitraje privado la potestad arbitral de adoptar medidas cautelares. El árbitro podrá exigir caución suficiente al solicitante.

De igual manera, la tramitación de un procedimiento arbitral podría llegar a considerarse como excepción procesal o causa de interrupción de un proceso contencioso-administrativo. En todos los casos, la medida tendría como finalidad permitir el intento de solución extrajudicial del proceso y evitar que los órganos judiciales siguiesen trabajando sobre cuestiones litigiosas que estaban siendo ya objeto de arbitraje. Sin embargo, al menos en un primer momento hasta que se cuente con datos reales, no parece prudente aceptar esta posibilidad salvo acuerdo de las partes. La suspensión de los plazos, la interrupción del proceso o la oposición a su inicio podrían prolongar todavía más la solución definitiva al problema si el arbitraje fallase. Ello sólo resultaría apropiado si todas las partes manifestasen su conformidad con esta medida, pues ellas asumirían las consecuencias derivadas del riesgo de prolongación de los procedimientos, aunque no sería aconsejable mantenerla más de seis u ocho meses (un plazo orientativo sobre la duración de un procedimiento arbitral)<sup>209</sup>. Si en algún momento el arbitraje se llevase a cabo a instancia de un órgano judicial, entonces sería aplicable el artículo 77 LJCA (que no paraliza el proceso judicial salvo petición expresa de todas las partes), aunque previamente deberá existir una modificación legal que permitiese esta posibilidad. En cambio, si durante el transcurso de un procedimiento arbitral, alguna de las partes o terceros interesados inician, dentro del plazo legal, un proceso judicial con el mismo objeto, (lo que en el caso de las partes no es muy lógico y genera el derecho a la indemnización en favor de la parte perjudicada), parece que, cuando se produzca el emplazamiento de las partes, habrá que paralizar inmediatamente el primer procedimiento<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Obsérvese lo dispuesto en el art. 183 de la Ley 15/2002, de 22 de febrero, por la que se aprueba en Portugal el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos. Según este precepto, la presentación por el interesado de una solicitud para celebrar un compromiso arbitral “suspende los plazos que rigen en el marco de los medios procesales propios de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

<sup>210</sup> En este sentido se expresaba el art. 11.2 de la anterior Ley de Arbitraje, al decir: “Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderán que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o todos los demandados, si fuesen varios, realicen, después de personados en juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria”. La actual Ley 60/2003, de Arbitraje, dispone en su art. 7 que “en los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”. Por su parte, el art. 11 establece que el convenio arbitral “impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. El párrafo 3 de este artículo permite a las partes, durante un procedimiento arbitral,

El procedimiento arbitral concluirá normalmente por laudo en el que, motivadamente, se resuelva el asunto. Con ello igualmente cesarán los árbitros en sus funciones<sup>211</sup>, salvo que las partes soliciten en un breve plazo posterior a la notificación del laudo su aclaración o corrección<sup>212</sup>. Igualmente, se producirá su terminación si todas las partes demandantes desisten en su demanda o los demandados se allanan a sus pretensiones, siempre que no exista daño para el interés general y no exista infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Por último, el procedimiento arbitral podrá acabar si los árbitros comprueban que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando las partes renuncien expresa o tácitamente al procedimiento arbitral, o cuando, al margen del procedimiento, éstas lleguen a un acuerdo que ponga fin a la controversia. En este supuesto<sup>213</sup> las partes podrán solicitar a los árbitros que hagan constar el contenido del acuerdo en forma de laudo, dotándolo por tanto de eficacia de cosa juzgada, como cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del asunto.

Para finalizar con este apartado hemos de advertir como uno de los problemas prácticos más importantes que se puede plantear a la hora de acometer una regulación del arbitraje en Derecho Administrativo es el que afecta al abono de los costes del procedimiento, en especial los relativos a servicios del árbitro, peritos designados por el órgano arbitral, gastos materiales (documentos y copias, notificaciones, práctica de pruebas ...), etc. En función de la envergadura del asunto éstos serán más o menos cuantiosos, en especial los destinados a retribuir al árbitro o árbitros, que deben estar al

---

solicitar la adopción de medidas cautelares ante un Tribunal, previsión que no tiene demasiado sentido si tenemos en cuenta que conforme al art. 23 LARB los árbitros pueden adoptarlas.

<sup>211</sup> Parece lógico que los árbitros o la institución de la que dependan, conserven la documentación completa del expediente como mínimo hasta que el laudo sea firme.

<sup>212</sup> Se pueden tener aquí en cuenta las previsiones contenidas en el artículo 39 LARB sobre corrección, aclaración y complemento del laudo.

<sup>213</sup> Téngase en cuenta el art. 36 LARB, sobre laudo por acuerdo de las partes, que constituye otra de las novedades de esta nueva regulación del arbitraje privado. Si el acuerdo es parcial, el procedimiento continuará sobre los extremos en él no contemplados y el laudo que resuelva el conflicto incorporará la decisión parcial alcanzada por las partes.

nivel de la experiencia, especialización e imparcialidad que se les exige. La Administración puede, en bastantes ocasiones, no estar dispuesta a asumir, unos gastos que para ella pueden ser mayores que los de un procedimiento judicial, (pues tiene sus propios servicios jurídicos y el órgano judicial es retribuido por la Administración de Justicia). Además, sus actos gozan del privilegio de ejecutividad y ejecutoriedad. Sin embargo, una futura regulación de esta cuestión debería exigir que ambas partes soportasen los costes del procedimiento y que las retribuciones del órgano arbitral fuesen acordes a su responsabilidad. Podría aquí, por tanto, mantenerse la previsión contenida en el derogado artículo 35.2 LARB/88, según el cual “salvo acuerdo de las partes, cada una de ellas deberá satisfacer los gastos efectuados a su instancia y los que sean comunes por partes iguales, a no ser que los árbitros apreciaran mala fe o temeridad de alguna de ellas”<sup>214</sup>. Unas retribuciones mínimas del árbitro o su cargo exclusivamente a los particulares influirían seriamente en la profesionalidad, esfuerzo e imparcialidad del primero, y, por tanto, en la solución final del asunto y en la validez del procedimiento.

A la hora de evaluar el futuro uso del arbitraje en su actividad, la Administración debe examinar cuáles son las pérdidas que sufre por el enorme retraso de las resoluciones judiciales, ya que el transcurso del tiempo a menudo supone un coste económico para la parte perdedora del litigio (cuando sea la Administración, ésta deberá hacer frente al pago de intereses, indemnizaciones por errores en resoluciones sobre acceso a la función pública, indemnizaciones por suspensiones ilegales de obras, etc.). También ha de considerar la descongestión que el uso de estos medios alternativos supondría para sus servicios jurídicos, frecuentemente desbordados, lo que impide a las Administraciones Públicas cumplir en muchas ocasiones con el deber de resolver que exige el artículo 42 LJR-PAC o dar una solución adecuada a los recursos administrativos. Pero, lo que es más importante, al estar al servicio de los ciudadanos

---

<sup>214</sup> Téngase en cuenta el primer párrafo del art. 139.1 LJCA. El art. 37.6 LARB obliga a los árbitros a pronunciarse en el laudo, con sujeción a lo acordado por las partes, sobre las costas del arbitraje “que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral”.

(art. 3.2 LRJ-PAC) y de los intereses generales (art. 103.1 C.E.), la Administración ha de tener bien presentes los múltiples efectos beneficiosos<sup>215</sup> del uso del arbitraje sobre el conjunto de relaciones jurídico-administrativas, y no buscar únicamente el beneficio propio al margen del general. Si la Administración evalúa las consecuencias de la suspensión cautelar del acto administrativo recurrido o de su eficacia, puede intentar satisfacer mejor el interés público mediante una solución más rápida y especializada, en lugar de esperar hasta la firmeza de la resolución judicial. Por todo lo anterior, -y ello es igualmente aplicable al resto de modos complementarios de resolución de conflictos-, debería ser la propia Administración la que impulsase el uso de medios alternativos de resolución de conflictos, como ha ocurrido en los Estados Unidos de América.

#### **d) El laudo arbitral y su control judicial.**

El laudo constará por escrito, en el que razonada y motivadamente se resuelva el asunto conforme a Derecho y queden fijadas las costas del proceso. El órgano arbitral habrá de dictarlo en un plazo breve desde la conclusión del procedimiento y tendrá inmediatamente que notificarlo a las partes<sup>216</sup>. Cuando dicho órgano sea pluripersonal, el laudo, o cualquier otro acuerdo o resolución del colegio arbitral, se decidirá por mayoría, contando el Presidente con voto de calidad para dirimir los empates. Deberá ser firmado por todos los árbitros<sup>217</sup>, pudiendo expresar su parecer discrepante los que

---

<sup>215</sup> Véase el Capítulo I.C) de esta Tercera Parte.

<sup>216</sup> El art. 29.3 LORDP establece: "El árbitro ... dictará laudo escrito y razonado dentro de los tres días hábiles siguientes a la comparecencia de las partes, resolviendo en derecho sobre la impugnación electoral y, en su caso, sobre el registro de las actas. El laudo será notificado por el árbitro a los interesados y a la oficina pública provincial competente ... Dicho laudo arbitral podrá ser impugnado ...". El Art. 37 LARB establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios. Ello deberá hacerse por escrito y en un plazo de seis meses prorrogables por dos más. El laudo deberá ser motivado y en el constarán la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. Habrá de ser notificado a las partes, en la forma y plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado.

<sup>217</sup> El antiguo art. 33 LARB/88 precisaba que si alguno de los árbitros no firmaba el laudo se entendía su adhesión a la decisión de la mayoría. El art. 37.3 LARB establece que "cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas". A mi juicio estas razones han de ser de fuerza mayor.

hayan votado en contra.

Las partes se han sometido voluntariamente al procedimiento arbitral, por lo que el laudo emitido por el árbitro debe vincular a las partes y su cumplimiento ha de ser obligatorio<sup>218</sup> (salvo en casos de arbitraje no vinculante o de anulación del laudo). Para que la vía arbitral pueda resultar operativa, el laudo deberá ser eficaz desde el momento en que sea notificado a las partes. Si éstas aceptan el laudo y lo cumplen, el conflicto quedará resuelto definitivamente y el uso del arbitraje habrá sido útil y ventajoso. Sin embargo, puede que alguna de ellas no esté dispuesta a cumplir la sentencia arbitral o existan dudas sobre su validez. Por eso interesa analizar cuál podría ser el posible control judicial de las decisiones arbitrales, pese a que en el Derecho Administrativo español no existe todavía una regulación específica de esta cuestión<sup>219</sup>. Teniendo en cuenta la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, presentamos a continuación una propuesta sobre su posible tratamiento.

Siguiendo los mismos criterios del artículo 77 LJCA, -que en su texto vigente no admite la remisión del asunto en sede judicial a un arbitraje vinculante-, en los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, podría someter a la consideración de las partes la posibilidad de resolver la controversia mediante el recurso a un arbitraje. Esta modalidad evita por completo cualquier objeción constitucional que se pueda plantear al arbitraje administrativo. En este supuesto, parece razonable que, una vez concluido el procedimiento arbitral, el Juez o Tribunal recoja el contenido del laudo que pone fin a la controversia en el auto por el que declare terminado el procedimiento. Para ello, deberá llevar a cabo, previamente y en un breve plazo de tiempo, un control de la legalidad del laudo, pues, si considera que

---

<sup>218</sup> Según el art. 43 LARB el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada y frente a él sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias judiciales firmes.

<sup>219</sup> El art. 186 de la Ley 15/2002, de 22 de febrero, por la que se aprueba en Portugal el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos, sí prevé la posibilidad de impugnación de la decisión arbitral ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.



puede existir alguna circunstancia que lo haga antijurídico, deberá anularlo, como veremos posteriormente, y, tras los trámites necesarios, pronunciarse sobre el fondo del asunto mediante sentencia (la cual podría ser objeto de recurso de apelación o casación que se sustanciaría según lo dispuesto, con carácter general, en los artículos 81 y siguientes de la LJCA). Lo anterior tendrá lugar salvo que las partes hubiesen pactado en el convenio arbitral un nuevo recurso al arbitraje y éste se lleve a cabo de forma rápida. La introducción en nuestro Derecho de esta posibilidad obligaría a realizar ciertos ajustes en la LJCA, como por ejemplo incluir en el artículo 80 LJCA el recurso de apelación frente a los autos que, recogiendo el contenido del laudo, declaren terminado este procedimiento, o frente a los que lo declaren nulo y remitan la resolución del conflicto a un nuevo arbitraje si así se pactó por las partes. En el primer caso, los terceros con interés directo en el asunto y que no han sido llamados en el procedimiento arbitral pueden estar interesados en impugnar el contenido del laudo. En el segundo, las partes han de poder recurrir su anulación si la estiman manifiestamente injusta o contraria al ordenamiento jurídico. El control judicial del laudo lo investirá de la fuerza de cosa juzgada, por lo que, transcurridos los plazos para interponer recurso sin que ello se haya producido, éste se convertirá en firme y las partes podrán solicitar su ejecución forzosa, de acuerdo a lo previsto en los artículos 80, 87 y 103 a 113 LJCA. Los Juzgados y Tribunales deberán hacer ejecutar lo juzgado (el laudo controlado judicialmente tiene fuerza de cosa juzgada), y las partes estarán obligadas a cumplir las resoluciones firmes de Jueces y Magistrados para poder satisfacer el derecho de todos a obtener una tutela judicial efectiva (arts. 117.3, 118 y 24.1 C.E. y 103.1 LJCA)<sup>220</sup>.

Cuando el arbitraje se celebre al margen del proceso judicial, también parece

---

<sup>220</sup> El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales como parte del derecho a la tutela judicial efectiva implica «que el fallo se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido», (STC 32/1982, de 7 de junio), pudiendo la condena sustituirse, en base a razones atendibles, por su equivalente económico u otro tipo de prestación (STC 149/1989, de 22 de septiembre). Véanse también las SSTC 26/1983, de 13 de abril; 67/1984, de 7 de junio; 125/1987, de 15 de julio; 107/1992, de 1 de julio; y 18/1997, de 10 de febrero. Como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN, los órganos judiciales han de impedir que la Administración se niegue a cumplir totalmente o retrase la ejecución de las sentencias (o laudos controlados por auto firme) que la condenan. *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. págs. 117 a 120.

lógico que el Poder Judicial auxilie al árbitro en la ejecución del laudo<sup>221</sup>. En el convenio arbitral las partes deberán fijar un plazo para dar cumplimiento a esta resolución. En su defecto, las normas podrán establecer un plazo máximo, que deberá ser breve (el actual artículo 113.2 LJCA habla de dos meses a partir del requerimiento de la parte perjudicada). Transcurrido este plazo, habrá que tener en cuenta si quien incumple es el particular o la Administración. En el primer caso se presentan dos posibilidades: la Administración ejecuta directamente el laudo a través de los medios de ejecución forzosa previstos en los artículos 94 y siguientes LRJ-PAC, o bien lleva a cabo una ejecución indirecta, es decir, dicta un acto en ejecución del laudo que es ejecutivo y ejecutorio. En ambos casos la actuación de la Administración puede ser objeto del recurso pertinente frente al que la Administración puede alegar el contenido del laudo y el incumplimiento del particular. Parece que la ejecución directa del laudo es la más deseable, no sólo por rapidez sino también para evitar que la Administración con su actuación pueda desvirtuar su contenido. En segundo lugar, si es la Administración la que no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia arbitral, la parte a quien interese<sup>222</sup> podrá solicitar la ejecución del laudo al órgano judicial, -el que hubiese resultado competente para conocer el asunto en primera o única instancia (artículos 6 a 14 y 103.1 LJCA<sup>223</sup>)-. Para que esta ejecución forzosa pueda llevarse a cabo, es necesario que, previamente, el Juez o Tribunal realice un control sobre el laudo con el fin de garantizar su legalidad, pues sólo así podrá poner a disposición de la parte afectada su potestad de ejecución. Ello no será necesario cuando el órgano judicial haya desestimado con anterioridad algún recurso de anulación interpuesto frente al laudo. A la inversa, la ejecución judicial

---

<sup>221</sup> En este sentido Tornos Mas, Joaquín; *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. pág. 177. Trayter Jiménez, Juan Manuel; *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas.* Op. cit. pág. 79. Véase el art. 8 LARB.

<sup>222</sup> No hay que olvidar que, entre tanto, el acto administrativo recurrido puede seguir produciendo efectos y a la Administración le puede interesar mantener esta situación.

<sup>223</sup> Véase Delgado Piqueras, Francisco; *Los órganos de la jurisdicción y sus competencias.* En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dirs.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.* Op. cit. págs. 87 a 131.

del laudo impedirá cualquier recurso de anulación posterior<sup>224</sup>. De una forma o de otra, el Juez o Tribunal tendrá que verificar, en un periodo de tiempo limitado, que éste respeta los límites del procedimiento: se lleva a cabo sobre materias adecuadas, respeta el ordenamiento jurídico y las reglas de orden público, no perjudica al interés público ni al de terceros, y el árbitro cumple los requisitos de independencia, experiencia, imparcialidad y especialización. Si considera que el laudo es ilegal, deberá anularlo y pronunciarse mediante sentencia sobre el fondo del asunto, salvo que las partes hubiesen pactado en el convenio arbitral un nuevo recurso al arbitraje. Dicha sentencia podrá ser objeto de recurso en los términos previstos en los artículos 81 y siguientes LJCA. Si considera que la sentencia arbitral respeta la legalidad vigente, ordenará mediante auto su ejecución, lo que en nuestro Derecho deberá hacerse a la luz de los artículos 80, 87 y 103 a 113 de la LJCA<sup>225</sup>. Admitir este sistema de ejecución judicial de los laudos arbitrales, obligaría también a introducir pequeñas modificaciones en el Capítulo IV del Título IV de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para permitir el control previo de la legalidad del laudo y su ejecución.

El árbitro deberá dar una respuesta tan especializada y adecuada que permita a las partes entender el problema y comprender su mejor solución. Sólo así podrá disuadir las de hacer una utilización abusiva de la vía de recurso, con argumentos a

---

<sup>224</sup> Sin embargo, si antes de resolverse un recurso de anulación del laudo, cualquiera de las partes decide instar su ejecución forzosa, parece lógico que el Juez o Tribunal se pronuncie primero sobre la validez de la sentencia arbitral y sólo si no la anula inste su ejecución. Sea mediante un recurso de anulación, sea mediante un examen previo del contenido del laudo, lo importante es que el órgano judicial controle la legalidad de esta decisión. En la regulación del arbitraje privado no se contempla este examen previo a la ejecución de la solución del árbitro, aunque el artículo 45 LARB permite al órgano arbitral suspender la ejecución por la pendencia de un recurso de anulación, previa solicitud del ejecutado, que deberá presentar caución suficiente, y siempre que se dé audiencia al ejecutante. En Derecho Público, al menos hasta que se cuente con una cierta experiencia práctica, parece conveniente que, por la importancia de los intereses en juego, se mantenga dicho control judicial. Por otra parte, aunque, de acuerdo con la LJCA, no existe plazo para solicitar la ejecución de las resoluciones judiciales, sí que sería conveniente interrumpir los plazos de prescripción de las actuaciones administrativas que han originado el conflicto (sanciones, deudas tributarias, etc.) cuando se interponga un recurso de anulación o de ejecución -cuya resolución en principio puede ser objeto de recurso-, con el fin de que con ello las partes no puedan dilatar aún más el cumplimiento de sus obligaciones para liberarse de ellas, (arts. 132.3 LRJ-PAC y 68 LGT).

<sup>225</sup> También TRAYTER considera que la ejecución forzosa del laudo puede obtenerse por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias. *El arbitraje de Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 81 y 104. En el mismo sentido Maresca Cabot, Juan Carlos; *El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. pág. 36.

menudo poco justificados, que no harán sino entorpecer aún más la saturada Justicia Contencioso-Administrativa. Ahora bien, las partes o cualquier interesado, cuando vean perjudicados sus derechos e intereses por la resolución arbitral, podrán recurrirla en vía judicial solicitando su anulación. Todo recurso a la vía contencioso-administrativa supone el fracaso de estos mecanismos, cuya misión es resolver la controversia administrativa de forma ágil y eficaz. Con carácter previo al recurso judicial, los terceros interesados que no hayan participado en el procedimiento arbitral podrán impugnar si procede en vía administrativa la actuación por la que la Administración da cumplimiento al laudo.

Este recurso de anulación no podrá interponerse cuando el procedimiento arbitral se haya desarrollado dentro de un proceso judicial, donde el Juez o Tribunal, en el auto que declare terminado el procedimiento, podrá investir el laudo con la fuerza de cosa juzgada tras realizar un control de su legalidad, en los términos que más adelante veremos. En esta ocasión, como hemos propuesto anteriormente, lo que las partes o terceros interesados deberán impugnar será el auto del órgano judicial que da validez al laudo. Tampoco podrá presentarse un recurso de anulación cuando ya se haya controlado judicialmente la decisión del árbitro para ordenar su ejecución forzosa, pues el órgano judicial ya se habrá pronunciado sobre su validez.

Cuando el arbitraje se celebre al margen del proceso judicial, (precisamente para evitarlo y resolver más rápidamente el asunto), cualquiera de las partes o terceros interesados podrán impugnar el contenido del laudo ante el órgano judicial competente -que será aquel que deba conocer del asunto en primera o única instancia- solicitando su anulación, total o parcial<sup>226</sup>. Para ello, será necesario introducir las modificaciones

---

<sup>226</sup> Nótese como el plazo de diez días, contados desde la notificación del laudo, que establecía el artículo 46 LARB/88 para ejercitar la acción de anulación, se ha ampliado a 2 meses en el art. 41.4 LARB. En todo caso, entiendo que el plazo para ejercitar la acción de anulación del laudo deberá ser breve no debiendo superar en ningún caso los dos meses, plazo que adopta el art. 46 LJCA para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Tampoco hay que olvidar que el artículo 85 LJCA habla de quince días para interponer recurso de apelación contra sentencias y el 89 concede diez días para recurrir en casación.



oportunas en la LJCA, tanto en lo que se refiere al ámbito material del recurso contencioso-administrativo, como en lo relativo a las competencias de los Juzgados y Tribunales. El recurso deberá sustanciarse de forma rápida y la parte a quien interese podrá solicitar la adopción de medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo -o de la sentencia que lo anule- una vez que alcanzare firmeza. Si éste prospera<sup>227</sup>, el órgano judicial debe anular el laudo y pronunciarse mediante sentencia sobre el fondo del asunto, salvo que las partes hubiesen pactado un nuevo recurso al arbitraje. Frente a la sentencia, podrán interponerse los recursos previstos por la LJCA. Si el órgano judicial entiende que no existe ningún motivo para anular el laudo, dictará auto recogiendo su contenido y poniendo fin al procedimiento. Dicho auto será susceptible de recurso de apelación en los términos que ya se han expuesto. La confirmación judicial del laudo definitivo lo investirá de la fuerza de cosa juzgada, por lo que, transcurridos los plazos para interponer recurso sin que ello se haya producido, éste se convertirá en firme y las partes podrán solicitar su ejecución forzosa.

Hemos dicho que el Juez o Tribunal debe verificar la legalidad del contenido del laudo, confirmándolo o anulándolo, a la hora de proceder a:

- declarar terminado el procedimiento arbitral que pone fin a la controversia, cuando éste se ha desarrollado dentro de un proceso judicial;
- ordenar la ejecución de la sentencia arbitral;
- decidir si estima o no los recursos de anulación interpuestos frente al laudo.

Existen, por tanto, una serie de causas de anulación cuya existencia debe ser examinada por el órgano judicial. Teniendo en cuenta las propuestas del Consejo de Estado Francés<sup>228</sup>, el artículo 77.3 LJCA y la Ley de Arbitraje, podemos enumerar las siguientes causas tasadas de anulación de las sentencias arbitrales:

---

<sup>227</sup> Naturalmente, en caso de ilicitud, la parte que la provocó no podrá alegarla para beneficiarse de esta vía de recurso frente al laudo.

<sup>228</sup> Conseil d'État; *Régler autrement les conflicts: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*. Les études du Conseil d'État, La Documentation Française. Paris, 1993. Pág. 99.

- No existe, es nulo (por ejemplo, por manifiesta incompetencia del órgano administrativo) o ha expirado el compromiso arbitral por el que las partes acuden a este procedimiento.

- Se ha producido alguna irregularidad en la designación, composición o actuación del órgano arbitral, para lo que hay que prestar especial atención a su experiencia, especialización, imparcialidad e independencia, y también a lo establecido en el convenio arbitral.

- Hay un incumplimiento o falta de aceptación de su misión por el árbitro.

- Durante el procedimiento se han vulnerado los principios de audiencia o contradicción, existe un desequilibrio entre las partes, alguna de ellas no ha tenido oportunidad de hacer valer sus derechos, o no puede actuar libremente.

- El laudo es manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico o al orden público.

- El laudo resulta lesivo para el interés público o el de terceros.

- El laudo afecta a materias en que el procedimiento arbitral no resulta posible<sup>229</sup> o a cuestiones no sometidas a la decisión de los árbitros<sup>230</sup>.

Como hemos venido diciendo, la apreciación por el órgano judicial de alguno de los motivos anteriores han de llevarle a la anulación del laudo. Si las partes hubiesen pactado expresamente un nuevo recurso al arbitraje o a otro mecanismo de resolución de conflictos, dictará auto declarando nula la solución arbitral y exhortando a las partes a que resuelvan lo antes posible sus diferencias. Este auto deberá ser susceptible de recurso. A falta de dicho pacto expreso, dictará sentencia tras los trámites oportunos, resolviendo sobre el fondo del asunto, la cual será susceptible de recurso en los términos

---

<sup>229</sup> A ellas nos hemos referido en el Capítulo III.

<sup>230</sup> En estos casos, la anulación sólo afectará a los puntos no sometidos por las partes o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal, (o, como dice el art. 41.3 LARB, siempre que estas cuestiones “puedan separarse de las demás”).

previstos por la LJCA<sup>231</sup>. Si no concurre ninguna causa de anulación, el Juzgado o Tribunal confirmará por auto el contenido del laudo, dando por terminado el procedimiento. Transcurridos los plazos para interponer recurso sin que ello se haya producido, éste se convertirá en firme y tendrá efectos de cosa juzgada.

A falta de una regulación legal más específica, para la tramitación de todos estos recursos, se aplicarán las reglas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluyendo las limitativas por razón de la cuantía<sup>232</sup>, y las relativas a plazos, medidas cautelares o costas del procedimiento (arts. 40 a 42, 80, 84, 87, 91, 128 a 136 y 139 LJCA). Sería, sin embargo, deseable que una futura regulación introdujese nuevas reglas para la tramitación de este tipo de recursos, con el fin de asegurar una sustanciación más ágil y rápida y garantizando, al mismo tiempo, el respeto a los principios de audiencia y contradicción. Por ello, los plazos deberían ser breves y el procedimiento tendría que simplificarse, para no sobrecargar aún más a los Tribunales de Justicia y permitir que su solución pudiese ser eficaz para los intereses en juego. Podría incluso considerarse<sup>233</sup> la supresión de la vía de recurso frente a los autos dictados en materia de ejecución o de adopción de medidas cautelares, o limitarla frente a autos o sentencias dictados en materia de anulación. Al igual que establece el artículo 43 LARB para el arbitraje privado, debería también modificarse el artículo 102 LJCA para permitir el recurso de revisión de sentencias arbitrales firmes. Igualmente debería facilitarse la ejecución directa de las sentencias arbitrales por los órganos judiciales tras un examen de las posibles causas de anulación. Parece conveniente, pues, que una futura normativa sobre los medios alternativos de resolución de conflictos en Derecho Administrativo lleve a cabo una modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el

---

<sup>231</sup> Sobre la vía de recurso contencioso-administrativa, pueden verse entre otros muchos trabajos Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dirs.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. págs. 399 a 494.

<sup>232</sup> Entre otros, puede verse al respecto Menéndez Sebastián, Eva M<sup>a</sup>; *La cuantía en el recurso contencioso-administrativo*. Atelier. Barcelona, 2000.

<sup>233</sup> Este criterio se recogía en los arts. 50.2, 49.2 y 55.3 LARB/88 y se ha mantenido en los arts. 23.2, 42.2, 44 y 45 LARB.

objeto de regular estas funciones de auxilio o control judicial de las soluciones obtenidas a través de estos procedimientos arbitrales (arbitraje judicial, demandas de ejecución, impugnación, etc.).

Por último, también sería interesante que en el Ministerio de Justicia o en el de Administraciones Públicas se crease un Registro estadístico de los laudos arbitrales -y también de los acuerdos alcanzados en otros procedimientos- con el fin de obtener información importante sobre la operatividad práctica de estos mecanismos. La ficha registral debería dejar constancia de la identidad de las partes, la técnica de resolución utilizada, el objeto de la controversia, coste y duración del procedimiento, la solución alcanzada -o en su caso la falta de acuerdo- y si ha existido posteriormente recurso judicial. Analizada esta información se podrían extraer importantes conclusiones para mejorar las vías alternativas de resolución de conflictos e, incluso, la propia vía judicial.

### **C) MEDIOS AUTOCOMPOSITIVOS: TRANSACCIÓN-NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN.**

Transacción, conciliación o mediación son técnicas de carácter autocompositivo, pues las partes confeccionan la solución a su problema ya que tienen en todo momento el control de la decisión final, aunque pueda producirse la intervención de un tercero sin facultades decisorias. Estamos, por tanto, ante técnicas de composición amigable de conflictos basadas en la negociación o diálogo entre las partes enfrentadas, ya sea directamente o con la ayuda de un tercero. Ante la ausencia de una completa regulación legal, conviene analizar conjuntamente el tratamiento de algunas cuestiones que son comunes a este tipo de procedimientos, ya que todos ellos descansan en un acuerdo adoptado libremente por las partes que resuelve el conflicto surgido y evita el pleito. En cualquier caso, no debemos olvidar que, en la realidad cotidiana, pueden ser frecuentes las ocasiones en que las negociaciones de las partes, -la conciliación de sus intereses con o sin intervención de terceras personas-, desemboquen en el desistimiento, el allanamiento o la satisfacción extraprocesal de la pretensión. Estos modos de



terminación del procedimiento judicial aparecen regulados en los artículos 74 a 76 LJCA, preceptos que condicionan la terminación del procedimiento a un control judicial sobre el respeto al interés público y al ordenamiento jurídico.

### **a) Transacción-Negociación.**

De acuerdo con el artículo 1809 del Código Civil “la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”<sup>234</sup>. Para hablar de transacción se requiere, pues, la existencia de una relación jurídica incierta o litigiosa susceptible de resolverse definitivamente mediante concesiones recíprocas de las partes<sup>235</sup>. La existencia de prestaciones recíprocas, que no tienen por qué ser equivalentes, permite distinguir la transacción de la renuncia o el allanamiento.

Tradicionalmente, como señala el Prof. GONZÁLEZ PÉREZ<sup>236</sup>, «por la naturaleza de las potestades administrativas y del Derecho Administrativo, se ha

---

<sup>234</sup> Sobre los orígenes de la transacción en Derecho Privado véase Loperena Rota, Demetrio; op. cit. págs. 37 a 42. Por su parte, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ ha recordado que «cuando se realiza un convenio no se zanja una controversia judicial, ya que más bien se está acordando un régimen de derechos y obligaciones que servirá de pauta para el ejercicio de las potestades administrativas anticipando el resultado del procedimiento administrativo. Con la transacción, más bien, se zanan las actuaciones y se evita un proceso judicial». En *El contrato administrativo*. Op. cit. pág. 373.

<sup>235</sup> El Consejo de Estado en su dictamen n° 54.929, de 31 de mayo de 1990, ha declarado que «son condiciones requeridas para la procedencia de la transacción: 1. concesiones recíprocas entre las partes; 2. relación jurídica incierta o litigiosa o apta para producir tal litigio; y 3. sustitución por una relación cierta en el sentido de no ser susceptible de someterse a discusión». Igualmente, en el dictamen n° 252, de 18 de febrero de 1999, considera que «el contrato de transacción tiene como presupuesto la existencia de una relación jurídica controvertida, dudosa o, al menos, tenida por tal por las partes, y la intención de las partes de sustituir esa relación dudosa por otra cierta e incontestable (“*timor litis*”). El medio o instrumento empleado por las partes para alcanzar este fin es el de hacerse recíprocas concesiones (“*aliquid datum, aliquid retentum*”). Esta configuración del contrato de transacción, presente en la doctrina del Consejo de Estado (así, por ejemplo, dict. núm. 50.867/49.433, de 28 de abril de 1988, y dict. núm. 764/1992, de 9 de julio de 1992), pone de manifiesto los elementos o requisitos necesarios para su celebración». Más recientemente puede verse el DCE n° 3.239, de 18 de diciembre de 2003. Debe tenerse en cuenta que no deben calificarse como transacciones los actos de disposición unilateral (como la abstención de solicitar la ejecución de una sentencia firme, DCE n° 51.528, de 3 de noviembre de 1988).

<sup>236</sup> González Pérez, Jesús; *La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 9.

discutido la admisibilidad de la transacción para dirimir los conflictos suscitados con una Administración Pública sujetos al ordenamiento jurídico-administrativo. Si la transacción es un contrato entre dos personas que disponen de su propia situación jurídica, únicamente será admisible en la medida en que los contratantes tengan facultad de disponer de su titularidad respecto de la situación litigiosa. Y es, precisamente, la imposibilidad o limitadísima posibilidad de disposición por parte de la Administración Pública la que ha servido de fundamento a la negativa a admitir el contrato transaccional en el Derecho Administrativo». Sin embargo, esta postura tradicional ha de intentar ser superada si queremos adaptar el funcionamiento de las Administraciones Públicas al conjunto de relaciones jurídicas que tienen lugar en el Siglo XXI y dar cumplimiento al principio de eficacia en la actuación administrativa que recoge el artículo 103.1 C.E. Como, señala a continuación el propio GONZÁLEZ PÉREZ, «en cuanto existe un margen de disponibilidad dentro del ordenamiento jurídico-administrativo para la actuación de las Administraciones Públicas, no existe razón para no admitir la transacción en este ámbito». Ello, no obstante, dentro de unos límites que garanticen el sometimiento de los poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 C.E.). Por ello, el recurso a la transacción debe llevarse a cabo en aquellas materias en que su utilización resulte adecuada<sup>237</sup>. Ello ha de hacerse en un primer momento de forma moderada, lo que permitirá extraer conclusiones de la experiencia práctica para después llevar a cabo propuestas de futuro. Igualmente, ha de respetarse el principio de la competencia del órgano administrativo que lleve a cabo las negociaciones y que ha de tener capacidad para comprometer a la Administración. El recurso a la transacción en Derecho Administrativo debe fomentarse con las matizaciones que acabamos de apuntar. De hecho, en la realidad cotidiana muchas actuaciones administrativas vienen condicionadas por negociaciones mantenidas previamente con los administrados. Negociaciones que, en la mayoría de las ocasiones, tienen un carácter informal y dan lugar a que, por ejemplo, la Administración lleve a cabo o no expedientes sancionadores

---

<sup>237</sup> A ellas nos hemos referido en el Capítulo III.

o pueda no llegar finalmente a hacer uso de su potestad de ejecución forzosa. Incluso, aunque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional guarda silencio en relación con los acuerdos transaccionales, en algunos conflictos de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas las partes han procedido a suscribir un convenio por el que una de ellas se allana a cambio de una determinada actuación por parte de la otra (por ejemplo, el reconocimiento de la competencia en otros litigios a favor de la Administración que desiste, renuncia o se allana). Así, el Auto del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 1991 afirma en su Fundamento Jurídico 2º que «la controversia sobre la titularidad de la competencia para resolver sobre la autorización de centrales hidroeléctricas que dieron lugar al planteamiento de los anteriores conflictos ha desaparecido por la vía de una transacción entre las partes formalizada en un convenio<sup>238</sup>».

En el Derecho Administrativo, la transacción viene caracterizada por la presencia de una Administración Pública como parte afectada por la controversia, lo que implica la existencia de algunos límites materiales y procedimentales que tienen por misión garantizar la defensa del interés público y de un servicio objetivo a los intereses generales (art. 103.1 C.E.)<sup>239</sup>. Su finalidad, al igual que en el Derecho Privado, es la de prevenir o poner fin a un litigio surgido tras una determinada actuación administrativa mediante la realización libre y voluntaria de concesiones recíprocas entre las partes, lo que lleva a un compromiso o acuerdo cuyo incumplimiento puede originar un derecho de indemnización a favor de la parte perjudicada y cuya ejecución resulta exigible ante los Tribunales. El recurso a este procedimiento y las recíprocas concesiones entre las partes han de obedecer estrictamente a motivos de interés público y de eficacia en la actuación administrativa, pues la Administración no puede intentar eludir el control

---

<sup>238</sup> Véanse también los Autos 124/1988, de 8 de noviembre, y 485/1989, de 3 de octubre, y su análisis en Loperena Rota, Demetrio; op. cit. págs. 114 a 121.

<sup>239</sup> Como afirma el Consejo de Estado en su dictamen nº 46.031, de 1 de marzo de 1984, la tradicional regulación jurídico-administrativa de la transacción no afecta a su contenido -que está regulado por el Código Civil-, sino que se circunscribe a los requisitos para su válida celebración.

jurisdiccional a través de este tipo de procedimientos llevando a cabo concesiones arbitrarias. Como luego veremos, la transacción puede desarrollarse previamente o al margen de un proceso judicial, o bien en el seno de éste, de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 LJCA.

### **b) Mediación.**

Por mediación se entiende aquel procedimiento informal y voluntario por el cual un tercero neutral y especializado asiste a las partes en la negociación de un pacto que resuelva sus diferencias. La mediación supone, pues, la intervención de un tercero designado por las partes, que interpone sus buenos oficios para conseguir que éstas alcancen de mutuo acuerdo la solución de sus discrepancias. A través de este mecanismo, se busca lograr el acercamiento de las partes para intentar resolver el problema, por lo que este procedimiento resulta especialmente útil en los casos en que éstas defienden posiciones completamente antagónicas o donde los múltiples intereses implicados dan lugar a conflictos complejos<sup>240</sup>. En el marco de esta definición, la mediación admite varias modalidades en función, sobre todo, de las facultades que las

---

<sup>240</sup> A ello se refiere con claridad y acierto SÁNCHEZ MORÓN quien entiende que «la mediación puede rendir más fruto en los conflictos complejos, que afectan a una pluralidad de intereses, públicos, individuales y colectivos ... Por otra parte, hay casos difíciles de solucionar en la práctica mediante una decisión imperativa, cuando existe una fuerte oposición social o de los destinatarios (piénsese en la localización de grandes plantas contaminantes o, ya hoy, en la construcción de pantanos, canalizaciones de trasvase, [centrales nucleares y almacenes de residuos radiactivos -añado yo-], y otras infraestructuras, o bien en la fijación de servicios mínimos en caso de huelga en los servicios públicos). También hay supuestos en que la Administración se halla en medio de intereses encontrados por lo que le puede ser más útil y cómodo recurrir a una mediación externa que refuerce la legitimación social de su actuación, en vez de adoptar una decisión que satisfaga sólo a una parte. Los ejemplos podrían multiplicarse». *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. Op. cit. págs. 25 y 26. No es infrecuente que «en determinados conflictos de naturaleza compleja y ... multipolar, en los que están implicados una pluralidad de intereses sociales distintos y enfrentados entre ellos, que la Administración debe tener en cuenta a la hora de decidir ..., los recursos se multipliquen, los procesos judiciales se alarguen casi indefinidamente y la resolución final, por más que estrictamente fundada en Derecho, no permita hallar una solución definitiva a los problemas de fondo. Por todas estas razones, pensamos que la conciliación, la transacción, la posibilidad de alcanzar acuerdos y la actividad de mediación, que facilita conseguirlos, constituyen, si no una alternativa general y mucho menos una panacea, sí, al menos un complemento positivo y seguramente útil y eficaz para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública ... La mediación, al ejercitarse por una instancia neutral, suele reducir la tensión y la carga de confrontación política o personal que subyace en algunos conflictos y suele aumentar la legitimidad social, es decir, el grado de aceptación social de las medidas que vayan a adoptarse». Comparecencia del señor Defensor del Pueblo ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Defensor del Pueblo. Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Comisiones Mixtas. V Legislatura. 3 de octubre de 1995. Núm. 87. Págs. 1738 y 1739.

partes, que son las que diseñan el proceso, otorguen al mediador. Sus facultades suelen ser las de dirigir el debate, organizar el intercambio de puntos de vista y buscar puntos de encuentro entre las posiciones enfrentadas, pero también pueden comprender la facultad de formular recomendaciones y propuestas y, en su caso, de fijar los hechos sobre los que se ciñe la discusión (*factfinding*). Sin embargo, al no tener autoridad alguna sobre las partes, no puede forzarlas a aceptar sus sugerencias, ya que son éstas las que deciden en último término cuando intentan alcanzar un acuerdo bajo su exclusiva responsabilidad.

Por tanto, el mediador asiste a las partes ayudándolas a vencer sus problemas de comunicación y a mejorar su capacidad de diálogo, intentando reducir su enfrentamiento, definiendo los asuntos en controversia y ordenándolos para facilitar su mejor solución, aclarando lo que cada parte busca y sus razones e intereses. Para ello debe conocer bien sus posiciones y pretensiones, y asegurar el carácter confidencial de las conversaciones, debiendo tener la suficiente habilidad para convertir un desacuerdo inicial en una composición amistosa. Las partes, por su parte, eligen al mediador, tienen el completo control del proceso que es totalmente informal (aunque conviene que fijen por escrito sus condiciones y plazos), y toman sus propias decisiones tras discutir el asunto.

Por tratarse de un procedimiento flexible, informal y vinculado a la voluntad de las partes, la mediación puede utilizarse con diferentes finalidades, siempre buscando una solución razonable y satisfactoria. Por un lado en los supuestos de terminación convencional previstos por las leyes y reglamentos, con el objeto de facilitar el pacto o acuerdo que ponga fin al procedimiento. También, como ya hemos visto, en sustitución de los recursos frente a actos o decisiones administrativos. Por último, cuando se trate de actos que hayan agotado la vía administrativa previa, la mediación puede convertirse en un modo preventivo o complementario de la vía judicial, bien fuera del proceso, o bien dentro de éste, si las partes, con el consentimiento del Juez o Tribunal, recurren a un tercero para que les ayude a alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia. En

este último caso, no parece aconsejable que el órgano judicial medie entre las partes porque, si finalmente no se consigue solucionar el conflicto y ello debe llevarse a cabo por sentencia, la imparcialidad del Juez podrá verse afectada, ya que en el curso de las conversaciones entre las partes ha podido conocer actuaciones o puntos de vista de éstas que jamás hubiera conocido en un proceso judicial.

### **c) Conciliación.**

La conciliación es un procedimiento voluntario e informal en el que un tercero neutral reúne a las partes para que ellas resuelvan sus problemas de forma amistosa. El conciliador, normalmente, no toma parte en las negociaciones y su papel principal es reducir las tensiones entre las partes, incentivar su comunicación y facilitar el desarrollo de la discusión. Por tanto, la conciliación es un procedimiento de solución de conflictos por el que las partes intentan, con la ayuda de un tercero, llegar a un acuerdo que solucione su enfrentamiento. En la mayor parte de las ocasiones supone un trámite previo tendente a evitar que se inicien o continúen otros procedimientos, en la vía administrativa o judicial, cuando es posible llegar a una solución pactada<sup>241</sup>.

Frecuentemente, no resulta clara la distinción entre mediación y conciliación. Aunque son dos técnicas muy similares, sin embargo, en la segunda el conciliador se centra en acercar a las partes y no participa tan activamente en el procedimiento ni se introduce en las negociaciones. En cambio, el mediador interviene en las negociaciones intentando que las partes alcancen un acuerdo y puede llegar a proponer soluciones, que no resultan vinculantes. En definitiva, el conciliador al limitarse a promover el encuentro y el diálogo entre las partes es, en principio, menos activo que el mediador, que debe realizar propuestas de solución. La diferencia estriba, pues, en la mayor implicación del tercero. Al igual que ocurre en la mediación, las partes eligen al conciliador, fijan las reglas y plazos del procedimiento, y adoptan la decisión final tras analizar la cuestión

---

<sup>241</sup> Véase al respecto la STC 81/1992, de 28 de mayo, y en especial su FJ 4º.

controvertida.

Ya hablamos anteriormente de la conciliación como técnica sustitutiva de los recursos administrativos (107.2 LRJ-PAC)<sup>242</sup>. En determinadas materias podría resultar conveniente utilizar estos procedimientos, ya que la especialización de los conciliadores garantiza un importante filtro de recursos al Orden Contencioso-Administrativo. Debemos examinar ahora las características de la conciliación como mecanismo alternativo o preventivo de un proceso judicial. La conciliación puede llevarse a cabo a instancia del órgano judicial en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya quedado visto para sentencia (arts. 77 y 113 LJCA), pero también podrán las partes acudir a esta fórmula antes o al margen de un proceso judicial. Dentro del proceso judicial (art. 77), el Juez o Magistrado, por sí mismo o a través de su personal de apoyo, puede acercar a las partes y facilitar el desarrollo de sus conversaciones, pero sin llegar en ningún momento a tomar parte en las negociaciones, pues ello podría afectar a su imparcialidad si finalmente tuviese que solucionarse el asunto por sentencia.

Finalmente, hay que decir que resulta un tanto contradictoria la existencia de dos excepciones contenidas en los artículos 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 64 de la Ley de Procedimiento Laboral. El primero excluye de la conciliación previa al proceso civil los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas, Corporaciones e instituciones de igual naturaleza<sup>243</sup>. El segundo exceptúa del requisito de conciliación previa a la vía laboral los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa y los que versen sobre Seguridad Social. Ello se explica por que, durante la tramitación de las preceptivas reclamaciones

---

<sup>242</sup> Incluso, para SÁNCHEZ MORÓN, la posibilidad de conciliación debería contemplarse con independencia del sistema de recursos, «como una vía siempre abierta para la resolución extraprosesal de los litigios (en su caso conectada a la potestad administrativa de revocación y revisión de oficio de los actos». En *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. Op. cit. pág. 27.

<sup>243</sup> Téngase en cuenta el vigente art. 9.4 LOPJ, que atribuye a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, incluyendo las reclamaciones frente a sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño.

reguladas en los arts. 120 a 126 LRJ-PAC, la Administración si lo desea tiene la oportunidad de aprovechar ese momento para conciliar ambas posturas y, si no lo hace ahí, tampoco va a querer hacerlo posteriormente. Por ello, una conciliación previa posterior no haría sino alargar todavía más los trámites previos al proceso. Lo que sí podría llevarse a cabo es, en determinados casos, proceder a una sustitución de la citada reclamación por un intento ágil y gratuito de conciliación o de reclamación ante órganos especializados e independientes, pues en muchas ocasiones, estas reclamaciones ante la Administración no hacen sino entorpecer aún más la solución definitiva al procedimiento.

#### **d) Régimen jurídico.**

En mi opinión, todos estos procedimientos deben ser voluntarios, contar con un carácter informal y participativo, y ser rápidos y flexibles para no convertirse en una carga injustificable para el administrado. No pueden impedir un control judicial último del asunto y, al depender del acuerdo de las partes, no aseguran la solución del conflicto. Esta solución, que en ningún caso puede ser contraria a Derecho, no tiene por qué basarse sólo en argumentos jurídicos, pues las partes -y el tercero que en su caso las asista- pueden también tener en cuenta elementos de oportunidad o razones de justicia material, con el fin de alcanzar una solución consensuada, estable y satisfactoria para todos. Por último y al igual que hemos considerado en relación con el arbitraje, parece conveniente que, salvo acuerdo de las partes, cada una de ellas satisfaga los gastos efectuados a su instancia y los que sean comunes se soporten por partes iguales.

Tres son las cuestiones que presentan un especial interés a la hora de abordar el régimen jurídico de los medios autocompositivos: quién tiene competencia para negociar acuerdos que vinculen a la Administración, cuál es la naturaleza jurídica de estos acuerdos y en qué medida los órganos judiciales pueden llevar a cabo un control de su legalidad o garantizar su cumplimiento.



## 1.- Órgano administrativo competente.

En primer lugar debe señalarse la existencia de un claro inconveniente procedimental que impide la operatividad de estas figuras en la práctica. Como recuerda el Dictamen del Consejo de Estado nº 3.239, de 18 de diciembre de 2003, «la legislación española ha sido pródiga en afirmar la excepcionalidad del procedimiento transaccional y de exigir las más acabadas solemnidades para su resolución desde que se promulgara el Real Decreto de 24 de octubre de 1849». En la actualidad, los artículos 39 LGP/1988 y 7.3 LGP/2003 exigen para poder transigir sobre bienes y derechos de la Hacienda Pública<sup>244</sup> el dictamen previo del Consejo de Estado y la posterior autorización mediante Real Decreto del Consejo de Ministros<sup>245</sup>. Lo mismo exige el artículo 31 LPAP en relación con los bienes o derechos del Patrimonio del Estado<sup>246</sup>. De acuerdo con dichas disposiciones el artículo 21.7 LCE establece que el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en relación con las transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública. Su dictamen en estos casos es preceptivo, pero no vinculante (art. 2º.3 LCE)<sup>247</sup>. Al igual que hemos manifestado al referirnos al

---

<sup>244</sup> Véanse las notas 187 y 188. Nótese como el art. 1812 C.c. establece “ Las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes”.

<sup>245</sup> Véanse, por ejemplo, entre otros muchos los Reales Decretos 1432/1995, de 4 de agosto, por el que se aprueba el acuerdo transaccional entre el Estado y D. Juan Negrín Jr., o 1365/1997, de 1 de agosto, por el que se aprueba el convenio transaccional entre el Estado y la Caja Rural de Jaén, con el que se evita diferir la solución del problema hasta el año 2016. Véase también Escribano Mora, Fernando (Dir.); *Evitación del proceso*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998. Págs. 213 a 231. Véase la nota 104.

<sup>246</sup> El art. 31 LPAP exige (al igual que hacía el art. 40 del Decreto 1022/1964, de 15 de abril) para poder transigir judicial o extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado la autorización por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno. Por estos motivos, MARTÍN MATEO afirma que «las leyes en vigor reflejan una patente hostilidad al reconocimiento a la Administración de facultades negociadoras». En *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 118. Véase la nota 191. En sentido parecido GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ han indicado lo siguiente: «La figura de la transacción, que regula con carácter general el artículo 1809 C.c., no es, ciertamente, desconocida en el Derecho Administrativo, pero viene estando rodeada de tales cautelas y rigores formales (Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno: artículos 39.1 LGP y 40 LPE), que, de hecho, carece de toda significación en el conjunto del tráfico administrativo». En *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. Op. cit. pág. 503.

<sup>247</sup> Así, por ejemplo, el DCE nº 252, de 18 de febrero de 1999, afirma que «resulta posible y lícito la celebración de un contrato de transacción sobre la liquidación de los cánones y las tarifas portuarias, por más que la valoración sobre su efectiva concurrencia sólo pueda ser examinada, como es obvio, en cada caso concreto, a la vista

procedimiento arbitral, convendría, sin ninguna duda, moderar esta exigencia y ello debería hacerse mediante norma con rango de Ley. Agilizar la manifestación de la voluntad administrativa en estos casos es imprescindible, pero no sólo cuando estemos ante acuerdos alcanzados a la luz del artículo 77 LJCA, (donde al existir un control judicial de la actuación administrativa no tiene sentido un doble control por el Consejo de Estado), sino también en el supuesto de acuerdos alcanzados en procedimientos que intentan evitar el proceso judicial, en cuanto quedaría siempre abierta la posibilidad de interponer un recurso de anulación ante el órgano judicial correspondiente que permitiría a éste controlar su legalidad. En nuestros días, parece excesiva la intervención del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, en cualquier transacción o negociación, judicial o extrajudicial. Este requisito hace inviable la transacción (y, en consecuencia, inoperativa la norma) cuando nos encontramos ante asuntos de pequeña cuantía, tal y como ha reconocido el propio Consejo de Estado en el Informe sobre el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: «La puesta en práctica de la conciliación -se refiere a la del actual artículo 77 LJCA- puede poner en evidencia la necesidad de modificar determinadas normas competenciales, especialmente en asuntos de escasa cuantía»<sup>248</sup>. Por ello, el Consejo de Ministros sólo debería intervenir

---

de las circunstancias concurrentes y de los pactos celebrados». El DCE nº 45.164, de 28 de abril de 1983, declara que la aprobación por el Consejo de Ministros o, en su caso, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la transacción no es un mero requisito de eficacia, sino de validez. Por ello, hasta la aprobación del correspondiente Decreto no puede hablarse, en propiedad, de transacciones sino de meros proyectos o documentos o estudios preparatorios, (DCE, nº45.719, de 8 de marzo de 1984). Por su parte, el DCE nº 45.732, de 6 de octubre de 1983, afirma que el consentimiento del interesado debe recaer antes del sometimiento del acuerdo de transacción a la consideración del Consejo de Ministros. Cabe destacar que la apreciación de la oportunidad y conveniencia de un proyecto de transacción debe conceder un lugar primordial al servicio del interés público que con ella se va a realizar (DCE nº 44.122, de 29 de abril de 1982). Por ello, el dictamen nº 3.239, de 18 de diciembre de 2003 afirma: «Sentada ya la corrección jurídica del convenio transaccional que recoge el proyecto, el Consejo de Estado considera que éste merece también una valoración positiva desde la perspectiva de los intereses públicos. La solución transaccional a la que se ha llegado parece, por una parte, interesante para el Estado español, que consigue así poner fin a un conflicto de más de catorce años de duración y cuya solución podría demorarse todavía mucho más si se acudiese a la vía jurisdiccional, de resultado incierto, con las consiguientes consecuencias financieras negativas que esta demora tendría para los presupuestos públicos». Véanse también, entre otros muchos, los dictámenes nº 46.031, de 1 de marzo de 1984, y nº 50.867/49.433, de 28 de abril de 1988.

<sup>248</sup> DCE nº 1.123, de 22 de mayo de 1997. BUSTILLO BOLADO entiende, refiriéndose a la transacción administrativa, que el efecto deseado y conseguido con la introducción de estas cautelas procedimentales «fue la reducción casi a la nada del uso de este mecanismo contractual; la consecuencia inesperada fue la multiplicación de los acuerdos administrativos informales, al margen de todo procedimiento, al margen de toda constancia y al margen de todo control». En *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. pág. 243.

en las transacciones o negociaciones verdaderamente esenciales para el Estado. El órgano competente se determinaría, por tanto, en función de la importancia del asunto, pudiéndose aplicar aquí reglas similares a las contenidas en el artículo 12 LCAP o entender, simplemente, que, siguiendo los criterios que la LJCA establece para el desistimiento de la Administración (art 74.2) o para su allanamiento (art. 75.1), el órgano competente para resolver el asunto en vía administrativa sería también competente para autorizar una posible transacción dentro de la legalidad vigente, valorando, en función de las circunstancias concretas, lo mejor para el interés general<sup>249</sup>. Serían, por tanto, aplicables las reglas de desconcentración, delegación y avocación de competencias previstas en los artículos 12 a 14 LRJ-PAC y en la Disp. Adic. 13ª de la LOFAGE. Convendría, además, introducir las precisiones oportunas en la LOFAGE para aclarar esta cuestión. Un sistema parecido podría aplicarse en relación con los acuerdos sobre aspectos de competencia autonómica donde las normas de las Comunidades Autónomas suelen exigir, junto a la autorización del Consejo de Gobierno o de su Presidente, dictamen preceptivo del correspondiente órgano consultivo<sup>250</sup>. Finalmente, en relación

---

<sup>249</sup> A esta solución no se oponen los artículos 13.3, 14.6 y 18.1.b) de la LOFAGE, que permiten a los Ministros, Secretarios de Estado o Directores Generales en que se haya delegado esta competencia celebrar los contratos y convenios no reservados al Consejo de Ministros o a órgano superior. Pero para ello ha de modificarse previamente la normativa objeto de comentario. LOPERENA ROTA entiende que el régimen jurídico que se critica no quiere ser mantenido pues la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ya no recoge expresamente entre las competencias del Consejo de Ministros la relativa a la autorización de transacciones, tal como hacía la anterior Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en su artículo 10.16. Loperena Rota, Demetrio; op. cit. pág. 138. El artículo 5.k) de la Ley 50/1997, atribuye residualmente al Consejo de Ministros las restantes funciones que le atribuyan otras normas jurídicas. No debe olvidarse que el art. 11 LPAP permite la desconcentración de competencias relativas a adquisición, gestión, administración y enajenación de bienes y derechos del Patrimonio del Estado, lo que deberá autorizarse por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda.

<sup>250</sup> El art. 35 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid requiere, para transigir judicial o extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda de la Comunidad, Decreto acordado en Consejo de Gobierno. En Castilla-La Mancha, el art. 22 del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, requiere acuerdo del Consejo de Gobierno previo Dictamen del Consejo Consultivo (art. 54.8 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha). En Cataluña, el art. 12.3 del Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña, exige Decreto acordado por el Consejo Ejecutivo. En Aragón el art. 23.3 del Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma, requiere Decreto del Gobierno de Aragón. En Navarra, el art. 15.2 de la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de Hacienda, exige acuerdo del Gobierno a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda. En Castilla y León, el art. 44.3 de la Ley 7/1986, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad Autónoma precisa Decreto de la Junta previa consulta del Consejo de Estado (tras el art. 4 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, la referencia es al Consejo Consultivo). En Extremadura, el art. 29.3 de la Ley 3/1985, de 19 de abril, de Hacienda de la Comunidad Autónoma, pide Decreto aprobado por el Consejo de Gobierno (previo dictamen del Consejo Consultivo de acuerdo con el art. 13 de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre).

con la Administración Local, los artículos 23.1.a) y 28.1.c) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, atribuyen respectivamente al Pleno del Ayuntamiento y al Pleno de la Diputación Provincial la potestad de transigir sobre los bienes y derechos de la entidad<sup>251</sup>.

Autorizado el uso de estos medios autocompositivos, las Administraciones Públicas podrán asistirse de sus servicios jurídicos, pues parece que las normas que los regulan permiten tímidamente la posibilidad de representación y defensa en los procedimientos prejudiciales y parajudiciales de las Administraciones Públicas, sus organismos autónomos y las entidades públicas de ellos dependientes. En este sentido se expresan los artículos 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y 1.e) y 3.b) del Reglamento del Servicio Jurídico del

---

Finalmente, entre otras más, el art. 22.3 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía requiere Decreto acordado en Consejo de Gobierno (si la cuantía excede de 300.506 Euros será necesario el informe previo del Consejo Consultivo, de acuerdo con el art. 16.7 de la Ley 8/1993, de 19 de octubre). Por lo que respecta a la normativa de patrimonio, el art. 20 de la Ley 1/1993, de 23 de marzo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Rioja, exige, para poder transigir sobre bienes o derechos patrimoniales, el acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta del Consejero de Hacienda y Economía. Esta exigencia es reiterada por los artículos 22 de la Ley 14/1983, de 27 de julio, de Patrimonio de Euskadi; 23 de la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de la Comunidad de Castilla-La Mancha; 37 de la Ley Foral 17/1985, de 27 de septiembre, del Patrimonio de Navarra; 99 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 12 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de patrimonio de la Generalitat Valenciana; 15 de la Ley 7/1986, de 22 de diciembre, de Patrimonio de la Diputación Regional de Cantabria; 10 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid; 62 del Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón; 51 de la Ley 8/1987, de 28 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 74 de la Ley 6/1987, de 7 de mayo, de Patrimonio de Castilla y León; 13 de la Ley 2/1992, de 9 de julio, de Patrimonio de Extremadura; 70 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 38 de la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias; 50 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad de Islas Baleares; 99 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía; y 25 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña. Véase la enumeración y comentario que realiza BUSTILLO BOLADO en *Convenios y contratos administrativos ... Op. cit. págs. 226 a 229.*

<sup>251</sup> Habrá que tener aquí en cuenta los límites previstos en los arts. 22.2.o) y 33.2.n) LBRL. El acuerdo del Pleno es también exigido por el art. 64.2.n) de la Ley 5/1997, de 22 de julio, reguladora de la Administración Local en Galicia. Igualmente, el artículo 230, del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que sustituye al art. 214 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, exige mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. El art. 116 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, sobre régimen de la Administración Local de Navarra exige acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación, previo informe jurídico. Los artículos 120 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, que contiene las normas reguladoras de la Administración Local en Aragón, y 131 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Administración Local de La Rioja, exigen informe jurídico previo.

Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio. Como el párrafo segundo del art. 77 LJCA establece que la autorización de los representantes de las Administraciones Públicas demandadas se efectuará “con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción” por parte de los mismos, PÉREZ MORENO, con la mejor intención, considera que basta con la autorización expresa de la Dirección del Servicio Jurídico correspondiente, previo informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente, pues el artículo 7 de la Ley 52/1997 se refiere a la disposición de la acción procesal y el control de legalidad que se reserva al Juez o Tribunal hace innecesario un doble control por el Consejo de Estado<sup>252</sup>. Sin embargo, el párrafo segundo del art. 77 LJCA habla expresamente de “transacción”, técnica sometida a un estricto régimen ya explicado, en tanto que el citado art. 7 se refiere a la actuación del Abogado del Estado en supuestos de allanamiento y desistimiento, que, como hemos ya mencionado, también deben ser autorizados por acuerdo del órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos, (arts. 74.2 y 75.1 LJCA)<sup>253</sup>. Por tanto, entiendo -al igual que hizo el Consejo de Estado en su dictamen nº 1.123, de 22 de mayo de 1997- que no basta únicamente con la autorización expresa de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, lo que no quiere decir que no sea necesario, me atrevería a decir que incluso urgente, realizar una regulación integral de las fórmulas alternativas al recurso judicial para evitar las confusiones y contradicciones existentes, y facilitar de una vez por todas el desarrollo de las mismas, cumpliendo además con el principio de seguridad jurídica.

---

<sup>252</sup> Pérez Moreno, Alfonso; *La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo*. Op. cit. pág. 118. Artículo 77. Op. cit. pág. 556. En contra, BUSTILLO BOLADO entiende que «el control que el órgano judicial debe efectuar sobre la transacción de acuerdo con el art. 77.3 de la LJCA no abarca el control de oportunidad y conveniencia que le corresponde al Consejo de Estado ni, por tanto, puede sustituirle». *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. pág. 223.

<sup>253</sup> También el artículo 5.3 de la Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha faculta a éstos a transigir judicialmente previa autorización del Consejo de Gobierno, previsión ésta que resulta también excesiva en asuntos de pequeña cuantía Véanse también los artículos 4.2.g) y 7.3 de la Ley 6/2003, de, 3 de abril, reguladora de la asistencia jurídica de la Comunidad de Castilla y León, 19 del Decreto 36/2002, de 5 de julio, de organización y funcionamiento de la Dirección General de Servicios Jurídicos de La Rioja, y 14.5 del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, de organización y funcionamiento de los servicios jurídicos del Gobierno de Canarias.

## 2.- Naturaleza jurídica.

No resulta fácil definir cuál es la naturaleza jurídica de los acuerdos alcanzados en los procedimientos de transacción, mediación o conciliación. BUSTILLO BOLADO considera que los convenios compositivos que pretenden zanjar una disputa jurídica o evitar su surgimiento están comprendidos dentro del artículo 5 LCAP y por tanto tienen naturaleza contractual, ya sea privada (art. 5.3, por ejemplo transacción sobre la compraventa de un inmueble) o pública (art. 5.2.b), transacción sobre un contrato de obra pública)<sup>254</sup>. Otros autores<sup>255</sup> entienden que estamos ante contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP por el artículo 3.1.j), referido a los contratos sobre servicios de arbitraje y conciliación. Comparto la interpretación que BUSTILLO BOLADO<sup>256</sup> realiza del artículo 3.1.j) LCAP, que excluye del ámbito de aplicación de la LCAP -porque dificultaría su aplicación práctica- el recurso por la Administración y la otra parte del conflicto a los servicios profesionales de un árbitro, un conciliador o un mediador. Sin embargo, considero que aquí nos encontramos ante figuras cuya naturaleza jurídico-administrativa no es contractual en sentido estricto<sup>257</sup>. Podrán

---

<sup>254</sup> Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 171, 186, 187 y 204.

<sup>255</sup> Huergo Lora, Alejandro; *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 54 y 66. García de Enterría, Eduardo; *Ámbito de aplicación de la Ley*. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 117.

<sup>256</sup> Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. pág. 187. En el mismo sentido García Gómez de Mercado, Francisco; *Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración*. REDA, n° 119. 2003. Pág. 395.

<sup>257</sup> Hemos visto como en Francia la transacción tiene un carácter contractual. Sin embargo, el régimen aplicable es el del Código Civil, mucho más amplio y flexible que el de los contratos administrativos. Ello justifica que la doctrina francesa considere incompatible la utilización en este tipo de procedimientos de las prerrogativas con que cuenta la Administración en los contratos públicos. Véanse, en la Parte Segunda, el epígrafe A) del Capítulo III y la nota 68. Algunos autores de nuestro país consideran que nos encontramos ante figuras de naturaleza contractual y entienden aplicables los principios y reglas establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en especial el régimen de las prerrogativas de la Administración. Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs 187 y 190. Loperena Rota, Demetrio; op. cit. pág. 267. Sobre las prerrogativas de la Administración en la LCAP véase Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. págs. 280 a 285 y 457 a 471. Sánchez Morón, Miguel; *Las prerrogativas de la Administración*. En *Contratación Administrativa II*. Cuadernos de Derecho Judicial, n° 8. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997. Págs. 135 a 160.

considerarse como contratos en un sentido lato o amplio<sup>258</sup>, pero desde luego no como contratos administrativos. Cuando la Administración contrata con otros sujetos, lo hace porque necesita su colaboración para poder llevar a cabo una actividad o la obtención de un bien en ejercicio de sus funciones públicas<sup>259</sup>. La Administración en esta ocasión está obligada al abono del precio por la contraprestación que recibe y goza de una serie de prerrogativas y garantías que aseguran su correcta ejecución en beneficio del interés público<sup>260</sup>. Además, todo contrato hace surgir una nueva relación jurídica configurada por las partes<sup>261</sup>, (en el caso de los contratos administrativos con un papel preponderante de la Administración). Ahora bien, no se puede traspasar este régimen de los contratos administrativos a un procedimiento de resolución de conflictos que tiene un objetivo diferente, ya que pretende solucionar, desde la libertad, la igualdad de las partes<sup>262</sup> y el respeto al orden público, un disputa surgida tras una decisión susceptible de recurso administrativo o contencioso-administrativo<sup>263</sup>. La Administración no necesita acudir a

---

<sup>258</sup> “Se utilizaría un concepto puramente formal de contrato, como acuerdo de dos o más voluntades en vista de la creación de un vínculo jurídico ... puede hablarse, más que de contratos, de convenios de la Administración, inespecíficamente”. García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Op. cit. págs. 664 y 665.

<sup>259</sup> Como indica PAREJO ALFONSO «los contratos en sentido estricto no propician participación alguna de los sujetos que contratan con las Administraciones Públicas en la actividad jurídica de éstas y sí sólo la colaboración en ella mediante la provisión de bienes o servicios que le son necesarios». *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Op. cit. pág. 170. Téngase en cuenta lo apuntado en nota 32.

<sup>260</sup> Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 163 y 164. García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Op. cit. págs. 666 y 667. Sánchez Morón, Miguel; *La terminación convencional de los procedimientos administrativos*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 80.

<sup>261</sup> Laubadère, André de, Moderne, Franck y Devolvé Pierre; *Traité des Contrats Administratifs*. Tomo I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1ª Edición. París, 1983. Pág. 41.

<sup>262</sup> La falta de igualdad de las partes en los contratos administrativos ya fue señalada por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO en *La institución contractual en el Derecho Administrativo: En torno al problema de la igualdad de las partes*. RAP, nº 29. 1959. Págs. 59 a 102.

<sup>263</sup> TORNOS MAS afirma que «el recurso a la técnica contractual como mecanismo para proveerse de medios y estructuras para prestar los propios servicios da paso a las técnicas convencionales como mecanismo para definir el interés general». En *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional ...* Op. cit. pág. 155. Por su parte, HUERGO LORA afirma que «parece escasamente relevante incluir a la transacción en el ámbito de aplicación de la LCAP, ya que muchos de sus preceptos no le son aplicables: piénsese en los procedimientos de selección del contratista, radicalmente excluidos en la transacción. De todas formas, los principios de la Ley se pueden utilizar en todo caso para resolver las dudas planteadas por el contrato». *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 54.

procedimientos autocompositivos, máxime cuando sus actos son ejecutivos y ejecutorios (arts. 56, 57, 93 a 100, 111 y 138.3 LRJ-PAC)<sup>264</sup>. Decide libremente colaborar con la otra parte en la búsqueda de una solución ágil, eficaz, especializada y justa al litigio jurídico que les enfrenta. Lo que sí podrá aplicarse, cuando ello no resulte incompatible con la naturaleza de estos mecanismos, son ciertos principios generales del negocio jurídico (libertad de pactos que no sean contrarios al orden público y respeten el ordenamiento jurídico, *pacta sunt servanda*, buena fe, etc.), de la contratación administrativa (cumplimiento obligado) y del funcionamiento de las Administraciones Públicas (régimen de invalidez de los actos administrativos, transparencia, colaboración, participación y servicio a los ciudadanos)<sup>265</sup>.

Como ya hemos señalado anteriormente, en el caso del arbitraje nos encontramos ante una figura heterocompositiva de carácter jurisdiccional. La transacción, mediación o conciliación son figuras autocompositivas de resolución de conflictos, de naturaleza convencional, donde habrá que estar a la naturaleza de la posterior actuación administrativa que se lleve a cabo en ejecución del acuerdo. La necesaria intervención de una Administración Pública hace que ésta deba tomar una determinada decisión como consecuencia del arreglo alcanzado (imponer una sanción, indemnizar a un particular, ordenar una concreta modificación en un contrato de obra que ha sido pactada para evitar que el contratista lo resuelva en virtud de los artículos 101, 146 y 149.e) LCAP, etc.). Por tanto, en función del contenido del acuerdo, la Administración deberá llevar a cabo una determinada actuación administrativa. También podrá formalizarse la solución alcanzada mediante la firma de un convenio administrativo. Es, precisamente, la naturaleza del acto o convenio administrativo consiguiente la que nos interesa, porque será la que determine el ulterior control judicial y la legislación aplicable (normativa sobre infracciones y sanciones, responsabilidad patrimonial, contratos de las

---

<sup>264</sup> Véase la nota 161.

<sup>265</sup> Téngase en cuenta lo dispuesto en los artículos 7, 1255 y 1258 C.c., 111 LPAP, 4 LCAP, 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, 3 LRJ-PAC y 9.2, 23.1 y 103.1 C.E.



Administraciones Públicas, convenios urbanísticos, etc.). En relación con la naturaleza del acuerdo alcanzado por las partes tras un procedimiento de mediación, conciliación o transacción, nos encontramos ante un pacto o convenio, es decir, un negocio jurídico bilateral que, al haber sido firmado voluntariamente por las partes, deberá cumplirse en todos sus términos, siempre que sea conforme al interés público y al ordenamiento jurídico vigente, pudiendo las partes instar su ejecución como vamos a ver a continuación. En todo caso, estos arreglos deben constar por escrito en documento administrativo, a efectos de facilitar su prueba ante eventuales conflictos que puedan surgir. Lo mismo sucede con los acuerdos por los que las partes voluntariamente deciden someter la solución del problema a un procedimiento de transacción, conciliación o mediación, ya que en ellos se determinan las condiciones y reglas de las negociaciones que pueden llevar a ese compromiso final.

### **3.- Control judicial.**

De lo expuesto en el párrafo anterior deriva la necesidad de explicar el posible control judicial de este tipo de procedimientos. Los artículos 77 y 113 LJCA aclaran el régimen jurídico de los acuerdos alcanzados en el seno de un proceso judicial. No hay, sin embargo, una regulación específica del control judicial de los arreglos alcanzados al margen de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (agotada ya la vía administrativa), por lo que habrá que examinar cuál puede ser el futuro tratamiento de esta cuestión. No obstante, parece que la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contempla la existencia de éstos últimos cuando en su art. 29.1 prevé el recurso judicial contra la inactividad administrativa únicamente cuando, en el plazo de tres meses, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo al respecto con los interesados.

La vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha venido a introducir, en sus artículos 77 y 113, la posibilidad de poner fin a un proceso judicial

mediante el logro de un arreglo entre las partes, (ya hemos señalado anteriormente como ciertos acuerdos pueden también desembocar en los otros modos de terminación del procedimiento judicial a que se refieren los arts. 74 a 76 LJCA). En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal competente, bien de oficio mediante providencia o por solicitud de cualquiera de las partes, podrá someter a la consideración de éstas la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia<sup>266</sup>. Ello podrá hacerse tanto en el procedimiento ordinario al que se refiere el artículo 77 como en el abreviado del artículo 78, cuyo párrafo 23 se remite supletoriamente a las reglas generales de la LJCA<sup>267</sup>. Esta vía alternativa no está permitida en los recursos de apelación y casación, pues, como dice GARCÍA MANZANO<sup>268</sup>, «en la vía de recurso se depura la corrección jurídica de una anterior resolución judicial (Auto o Sentencia) que ha hecho desaparecer, con la decisión, la incertidumbre jurídica que es el requisito o la base fáctica para que pueda hablarse de transacción». Esta tentativa podrá llevarse a cabo una vez que se hayan formulado la demanda y la contestación, pues sólo así el órgano judicial puede conocer bien el objeto del pleito y evaluar las posibilidades de éxito del arreglo extrajudicial. Las partes deberán arreglar sus diferencias antes de que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia, pues a partir de este momento será

---

<sup>266</sup> Este intento de acuerdo es potestativo del Juez o Tribunal. García Gil, Francisco Javier; *El proceso contencioso-administrativo. Comentarios y jurisprudencia*. Dilex. Madrid, 1998. Pág. 781. También permite el citado artículo 77 LJCA agilizar el proceso judicial a través del reconocimiento de hechos o documentos directamente por las partes. En este segundo caso, GARCÍA MANZANO considera oportuno «que el Juez o Tribunal otorgue un plazo prudencial para que, con traslado del documento o mediante la comunicación de los hechos sometidos a reconocimiento, la parte o partes concernidas se pronuncien al respecto, y en caso de hacerlo de modo positivo o de aceptación, se formalice esta determinación mediante acta o resolución judicial interlocutoria para la debida constancia procesal de estos aspectos fácticos. Ha de añadirse que mediante este trámite no cabrá alterar la fundamentación (y menos aún las pretensiones) de los escritos de demanda y de contestación, dada la prohibición de la *mutatio libellis*». *Terminación del Procedimiento*. Op. cit. pág. 370.

<sup>267</sup> El procedimiento abreviado intenta de forma sumaria resolver, en asuntos menores, un litigio contencioso-administrativo. Sobre el mismo véanse Sainz Moreno, Fernando; *El procedimiento abreviado*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. págs. 379 a 394. Téllez Aguilera, Abel; *El procedimiento contencioso-administrativo abreviado*. Edisofer. Madrid, 2000. Aunque estamos dentro de un procedimiento judicial, la agilidad en su tramitación, la brevedad de los plazos, la exhortación del Juez al acuerdo de las partes sobre la cuantía, la solución inmediata del recurso de súplica frente a denegación de prueba etc., obligan a pensar en las características de un procedimiento alternativo de solución de conflictos. La eliminación de trabas procesales y la presencia activa del Juez ha contribuido a mejorar la eficacia de la Justicia Administrativa.

<sup>268</sup> García Manzano, Pablo; op. cit. pág. 363.

el Juez o Tribunal el que dicte resolución. Dictada la sentencia, esta prevalecerá sobre cualquier solución que hayan podido adoptar las partes, pues fueron éstas las que solicitaron la intervención del órgano judicial. Con el fin de no alargar todavía más el pleito si las conversaciones entre las partes fracasan y buscando también que éstas desarrollen de forma rápida, el legislador no permite al Juez o Tribunal suspender el curso de las actuaciones judiciales, salvo que todas las partes personadas lo solicitasen, con lo que asumen la demora que pueda sufrir el litigio<sup>269</sup>.

El intento de arreglo judicial sólo puede llevarse a cabo sobre materias susceptibles de transacción, y, en especial, sobre las relativas a determinación de cantidad, dado que en estos asuntos no hay cuestiones jurídicas relevantes y son especialmente propicios para una solución extrajudicial<sup>270</sup>. En el resto de los casos, el órgano judicial no deberá hacer uso de la facultad que le confiere este artículo 77. Además, los representantes de las Administraciones Públicas necesitarán la autorización oportuna para negociar y llegar a un acuerdo con la otra parte, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos. Parece, por tanto, que, como acabamos de ver y criticar en el epígrafe d.1), en la Administración del Estado resulta necesario el dictamen previo del Consejo de Estado y la posterior autorización mediante Real Decreto del Consejo de Ministros (arts. 7.3 LGP/2003 y 31 LPAP). La parte que no sea una Administración Pública, requerirá capacidad de obrar suficiente y su representante necesita, en principio, poder específico para transigir (párrafo segundo

---

<sup>269</sup> Como manifiesta GARCÍA MANZANO, «esta posibilidad, no prevista en el proyecto de ley, respondió a las críticas dirigidas a hacer notar que, al menos en teoría, el procedimiento llegaría hasta su conclusión sin haberse logrado el convenio transaccional, dados los trámites que éste requiere para su autorización». Op. cit. pág. 364. Ciertamente, sin esta posibilidad, si el acuerdo «sólo puede producirse tras la demanda y la contestación y hasta el momento en que se dicte sentencia, es evidente que, si los plazos procesales fueran cumplidos escrupulosamente por los tribunales de lo contencioso-administrativo, la posibilidad de existencia de la transacción sería casi nula, ya que es imposible que en los plazos que, legalmente, han de correr entre la contestación a la demanda y el dictado de la sentencia, se puedan recabar de los órganos administrativos oportunos las correspondientes autorizaciones, teniendo en cuenta, además, que han de ir precedidas de los dictámenes preceptivos». Jiménez Aparicio, Emilio (Coord.); *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 558.

<sup>270</sup> Téngase en cuenta sobre esta cuestión lo manifestado en el Capítulo III de esta Tercera Parte. El límite de las «materias no susceptibles de transacción» también opera en relación con la terminación convencional del procedimiento regulada en el artículo 88 LRJ-PAC.

del art. 1713 C.c.), aunque puede estimarse bastante el poder general para pleitos que comprenda expresamente la facultad de transigir<sup>271</sup>. Debe tenerse presente que, como ha manifestado GONZÁLEZ PÉREZ<sup>272</sup>, para que la transacción pueda desplegar sus efectos normales, será necesario que todas las partes legitimadas como demandadas hayan aceptado el acuerdo. Aquí debemos tener presente que, según el art. 21.1.b) LJCA, tendrán la condición de demandados, no sólo aquellos cuyos derechos puedan quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante, sino también los que ostenten un interés legítimo que deberán ser emplazados de acuerdo con lo previsto en el art. 49.1 LJCA. Por ello, para evitar problemas posteriores de impugnación, convendría que aquellos interesados que estuvieran en contra de este intento de solución amistosa pudiesen interponer recurso de súplica en un plazo de cinco días contra la decisión del órgano judicial que amparase este intento de arreglo judicial.

Aunque la Ley habla de “acuerdo”, “transacción” y “conciliación” (de una forma un poco equívoca), lo importante es la posibilidad que introduce para que las partes puedan alcanzar un arreglo amistoso que resuelva el conflicto. Ello podrá hacerse directamente por la negociación de las partes -transacción-, pero también mediante la asistencia del órgano judicial para facilitar sus conversaciones -conciliación-, la ayuda de un tercero en la búsqueda de soluciones -mediación-, o, incluso, podría aceptarse que las partes acuerden remitir a un tercero neutral y especializado la rápida solución del asunto -arbitraje-, aunque en éste último supuesto la decisión de éste no ha de ser vinculante para que las partes, con base en el laudo emitido, puedan proponer libremente al Juzgado o Tribunal contencioso-administrativo la solución del asunto (con ello se seguiría hablando de acuerdo y se respetarían los presupuestos legales del artículo 77 LJCA). El precepto parece estar aquí pensando en la colaboración del órgano judicial, como conciliador o mediador, para ayudar en la solución de la controversia, pero del

---

<sup>271</sup> GARCÍA MANZANO considera aplicable, por analogía, lo dispuesto en el art. 74.2 LJCA respecto al desistimiento. Op. cit. pág. 365. González Pérez, Jesús; *La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 15.

<sup>272</sup> *La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. pág. 20.

precepto no parece desprenderse la prohibición de que sean terceros neutrales y especializados los que puedan desempeñar esta función.

El párrafo tercero del artículo 77 regula la sanción judicial del acuerdo de las partes. Si todas ellas consiguen arreglar totalmente sus diferencias por cualquiera de las vías mencionadas anteriormente, el Juez o Tribunal dictará un auto declarando concluso el procedimiento, por lo que ordenará el archivo de las actuaciones y la devolución del expediente administrativo. Ello sólo podrá hacerse por el órgano judicial cuando compruebe que lo acordado respeta los presupuestos de dicho artículo 77, y no es manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo para el interés público o de terceros<sup>273</sup>. En caso contrario, dictará auto denegando la terminación del procedimiento e invalidando lo convenido<sup>274</sup>, circunstancia que obligará a proseguir con la sustanciación judicial del asunto y la sentencia que se acabe dictando podrá ser recurrida en apelación y/o casación (arts. 81 y siguientes LJCA). El auto que deniegue o declare la terminación anticipada del procedimiento podrá ser susceptible de recurso de súplica (79.1 LJCA), en tanto los artículos 80 y 87 LJCA no contemplen esta posibilidad. Si el convenio de las partes cumple los requisitos anteriores, será aconsejable que el auto del órgano judicial incorpore su contenido, con lo que éste quedará judicialmente convalidado u homologado y será investido de la fuerza de cosa juzgada. Por tanto, este acuerdo, una

---

<sup>273</sup> El carácter “manifiesto” de la infracción del ordenamiento jurídico puede derivar de alguna de las causas de nulidad de pleno derecho a que se refiere el art. 62 LRJ-PAC. En segundo lugar, hay que recordar que, de acuerdo con la actual norma jurisdiccional, parece difícil que existan terceros interesados que no hayan suscrito el convenio transaccional. El art. 49.1 LJCA obliga a emplazar como demandados a cuantos aparezcan como interesados en el expediente, por lo que, en principio, casi siempre éstos habrán participado en la solución amistosa del procedimiento, pudiendo, igualmente, haberla impedido. En este último caso el Juez o Tribunal no podrá dar por terminado el procedimiento, ya que la controversia no habrá desaparecido (art. 77.3 LJCA). GONZÁLEZ PÉREZ ha criticado acertadamente que la transacción pueda impedirse por quienes son titulares de intereses que sólo indirectamente pueden resultar afectados. En *La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. págs. 20 y 21.

<sup>274</sup> No obstante, si el órgano judicial apreciase la existencia de algún defecto subsanable, dictará providencia en que lo reseñe, otorgando el plazo correspondiente para la subsanación, con suspensión del fijado para dictar sentencia, (art. 138.2 LJCA).

vez aceptado por el Juez o Tribunal tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia<sup>275</sup>. Por ello, no resulta necesario proceder de nuevo a controlar judicialmente el acuerdo para instar su ejecución posterior, pues ya ha quedado previamente sometido al examen de los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Si alguna de las partes incumple el compromiso alcanzado, la otra podrá instar directamente su ejecución forzosa cuando transcurra el plazo pactado para el cumplimiento de lo convenido o, en su defecto, tras dos meses contados desde el requerimiento de la parte cumplidora a la otra (art. 113 LJCA<sup>276</sup>). A partir de ese momento, y dado que además se está incumpliendo el auto judicial al que hace referencia el artículo 77.3, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 103 a 113 LJCA, que regulan la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales. De todas maneras, sería conveniente que estos procedimientos de impugnación o de ejecución de acuerdos logrados dentro en un proceso contencioso-administrativo estuviesen regidos por los principios de audiencia y celeridad, con el fin de solucionar ágilmente el conflicto, ya que el transcurso de un plazo excesivo constituye un indicio de fracaso del procedimiento alternativo.

En segundo lugar, debemos analizar cuál ha de ser el posible tratamiento que una futura regulación legal pueda dar al control judicial de los arreglos obtenidos al margen de cualquier proceso contencioso-administrativo y una vez que la vía administrativa se ha agotado, pues caso contrario serían aplicables los arts. 107.2 y 109.b) LRJ-PAC.

Las partes, tras el procedimiento correspondiente, pueden acabar alcanzando un

---

<sup>275</sup> Sánchez Morón, Miguel; *El control jurisdiccional. La jurisdicción contencioso-administrativa*. Op. cit. págs. 817 y 824. Por ello, para facilitar la ejecución de lo acordado, el auto deberá contener la expresión literal de lo convenido. Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María y González Rivas, Juan José; *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Aranzadi. Pamplona, 1998. Pág. 226.

<sup>276</sup> Como explica PÉREZ MORENO «constituye este precepto una singularidad procesal (en la línea con lo previsto para el juicio de menor cuantía), ya que pone la potestad jurisdiccional de ejecución forzosa al servicio no de una resolución jurisdiccional, sino de un acuerdo entre las partes -generalmente entre administrados recurrentes y Administración demandada-, aunque, como resaltaremos, dicho acuerdo tenga que recibir al menos el *nihil obstat* del Juez o Tribunal, es decir, la comprobación de que “no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo al interés público o de terceros». En *Artículo 77*. Op. cit. pág. 551. *La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo*. Op. cit. pág. 113.

acuerdo extrajudicial que ponga fin a su controversia<sup>277</sup>. Será conveniente entonces que éstas reflejen por escrito la solución que han conseguido y el periodo de tiempo en que deben ponerla en práctica. Para ello podrán proceder a su formalización mediante convenio administrativo o, si el cumplimiento del acuerdo exige una determinada actuación administrativa, la Administración habrá de llevarla a cabo. El posible control judicial posterior deberá centrarse, pues, en las normas que resulten de aplicación a estos actos o convenios administrativos (LRJ-PAC, LCAP, legislación sobre expropiación forzosa, normas autonómicas sobre convenios urbanísticos, etc.) y en la legalidad del acuerdo.

Salvo que se conozcan nuevos hechos o situaciones, normalmente los particulares no solicitarán la anulación del arreglo extrajudicial, pues han sido ellas mismas las que lo han conseguido. Sí podrán, en cambio, terceras personas, cuando vean perjudicados sus intereses, impugnar ante los órganos judiciales el convenio o los actos administrativos que se deriven del mencionado acuerdo, siendo de aplicación el régimen general de los recursos contencioso-administrativos, (incluso, previamente, podrán impugnar, en su caso, en vía administrativa la actuación por la que la Administración ejecuta lo acordado). En todo caso, el órgano contencioso-administrativo competente ante el que se presenta un recurso de anulación deberá examinar la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- El arreglo extrajudicial, el convenio o la actividad administrativa son manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico o al orden público.
- Se ha pactado sobre materias no susceptibles de transacción.
- El arreglo extrajudicial, el convenio o la actividad administrativa resultan lesivos para el interés general o el de terceros.

---

<sup>277</sup> Distinto es el supuesto previsto en el art. 76 LRJ-PAC, donde, la Administración en vía administrativa, utilizando sus potestades de revocación o de revisión de oficio, reconoce totalmente las pretensiones del demandante, por lo que el proceso deviene carente de objeto al desaparecer la pretensión ejercitada. Oídas las partes y previa comprobación de lo alegado, el Juez o Tribunal dictará auto en el que, si no hay infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo. Véase García Manzano, Pablo; op. cit. págs. 360 a 362.

- El especialista (conciliador o mediador) que ha ayudado a las partes a solucionar su enfrentamiento ha actuado parcialmente o de mala fe y ello ha influido en el resultado final.

- Alguna de las partes ha actuado sin libertad, capacidad o competencia para negociar válidamente sobre el objeto de la controversia.

Si el Juez o Tribunal aprecia la existencia de alguno de estos motivos, deberá anular inmediatamente el convenio o la actuación administrativa, siendo conveniente que resuelva el conflicto entre las partes principales con el fin de solucionar definitivamente el asunto. Ahora bien, el órgano judicial sólo podrá examinar de forma sumaria si se da claramente alguna de las causas anteriores y no deberá entrar en cuestiones de interpretación, valoración o ponderación, porque si lo hace, además de entrometerse en el ejercicio de funciones administrativas, estará realizando una sustitución del procedimiento al que las partes han decidido acudir. Frente a la resolución judicial podrán interponerse los recursos previstos en la LJCA. En cambio, si el Juez o Tribunal desestima la solicitud de anulación -decisión que también podrá ser objeto de recurso-, el arreglo y las posteriores actuaciones que de él se deriven serán lícitos. Interesará igualmente que el Juez o Tribunal recoja el contenido del acuerdo en su resolución. Habrá existido entonces un control judicial de una actuación administrativa que, una vez agotada la vía de recurso contenciosa, será firme.

Puede ocurrir también que, una vez logrado el acuerdo por el que se resuelven las diferencias entre Administración y particulares, cualquiera de las partes se niegue, -en el tiempo pactado o en su defecto podría aplicarse el plazo de 2 meses previsto en el artículo 113 LJCA para los acuerdos celebrados en el seno de un procedimiento judicial-, a cumplir su compromiso o bien lleve a cabo un cumplimiento defectuoso que no satisfaga las pretensiones de la parte contraria. Lo habitual será que las partes observen lo acordado, pues han trabajado en común para dar una solución final al conflicto. Sin embargo, pueden producirse situaciones contrarias, especialmente cuando alguna de ellas



no ha actuado de buena fe. Si quien incumple es la Administración, ésta deberá motivar su decisión y el particular podrá impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la actividad o inactividad por la que ésta se separa de lo convenido de acuerdo con los artículos 25.1 y 29.1 LJCA. Lógicamente, lo primero que planteará el particular en sede contenciosa será la doctrina de los actos propios, pues la Administración incumple lo que ella misma ha acordado. Si es el particular el que no cumple satisfactoriamente su obligación, la Administración podrá instar la ejecución forzosa de lo convenido (arts. 93 y siguientes LRJ-PAC), lo que podrá ser recurrido judicialmente por el primero<sup>278</sup>. Cuando en cualquiera de los casos se acuda a la vía judicial, lo primero que deberá hacer el Juez o Tribunal competente -salvo que hubiese existido un control judicial previo por la interposición de un recurso de anulación- será analizar la validez del acuerdo examinando las causas de anulación a las que acabamos de hacer referencia<sup>279</sup>. Si considera que el acuerdo es ilegal, entonces, tras los trámites necesarios, decidirá el asunto por sentencia, que podrá ser objeto de recurso conforme a las reglas que establece la LJCA en sus artículos 81 y siguientes. En cambio, si considera que dicho arreglo no se ve afectado por ninguna de las causas anteriormente descritas, lo recogerá en su resolución y ordenará a la parte incumplidora que ejecute su compromiso e indemnice a la otra parte por los daños y perjuicios que injustamente haya debido soportar<sup>280</sup>. Agotada la vía de recurso, la resolución será firme y podrá ejecutarse conforme a lo dispuesto en la LJCA.

Debe tenerse presente que los acuerdos que las partes alcanzan en este tipo de procedimientos constituyen verdaderos convenios o pactos y como tales su cumplimiento resulta exigible ante los Juzgados y Tribunales que hubiesen podido conocer del asunto

---

<sup>278</sup> Lógicamente, en este caso la Administración contestará alegando, entre otros motivos, el incumplimiento por la parte demandante del acuerdo logrado.

<sup>279</sup> Ello impedirá la interposición de un posterior recurso de anulación.

<sup>280</sup> Ténganse en cuenta los artículos 1091, 1255 y 1101 y siguientes del Código Civil, el art. 4 LCAP, y el art. 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local.

en primera o única instancia<sup>281</sup>. Es más, en el acuerdo en que se formalice el recurso a estos medios autocompositivos o en aquél que contenga el resultado final, las partes podrán pactar cualquier medida tendente a garantizar su ejecución siempre que no resulte contraria a las normas jurídicas.

La Administración y la otra parte se han sometido voluntariamente a este tipo de procedimientos, se han podido retirar de los mismos en cualquier momento y han llegado libremente a la solución final. Por ello los principios de buena fe, confianza legítima, buena administración, servicio a los ciudadanos y a los intereses generales, seguridad jurídica e, incluso, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos obligan al cumplimiento del compromiso alcanzado y a que, si éste resulta conforme al ordenamiento jurídico, los Tribunales puedan ordenar su ejecución anulando, incluso, el acto administrativo con el que la Administración se separaba de lo pactado (arts. 9.3 y 103.1 C.E., 3 LRJ-PAC, 4 LCAP, 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, 11 LOPJ, 29.1 LJCA, 111 LPAP, y 7.1, 1091, 1256 y 1258 C.c.)<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> En este sentido, ROSA MORENO entiende que los efectos del acuerdo de conciliación serían los de un convenio entre Administración y ciudadano. Op. cit. pág. 54. El art. 1816 C.c. dispone: "La transacción tiene para las partes al autoridad de cosa juzgada". Por ello, GONZÁLEZ PÉREZ considera que si, alcanzado un acuerdo que pone fin a la controversia, alguna de las partes continúa con un proceso judicial pendiente o lo inicia, la otra parte podrá oponer la excepción de cosa juzgada o alegar la extinción del proceso por desaparición del objeto litigioso. A la inversa, si estando decidido un pleito por sentencia, las partes pactan una solución diferente, ésta no será válida y cualquiera de ellas podrá pedir su rescisión en forma análoga a lo dispuesto en el art. 1819 C.c. Únicamente serán admisibles estos acuerdos posteriores cuando ayuden a vencer las dificultades que puedan surgir en la ejecución de la sentencia. *La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. págs. 22 a 24.

<sup>282</sup> De gran interés resultan las consideraciones efectuadas por HUERGO LORA en su obra *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Op. cit. págs. 290 y 291. Este autor afirma: «Es cierto que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos no impide a quien es parte en un contrato impugnarlo posteriormente, si el contrato tiene un vicio de nulidad radical. Pero también hay que tener en cuenta que la Administración, que está especialmente vinculada por el principio de protección de la confianza legítima (puesto que, además del fundamento general en el principio de buena fe, se basa también en el de interdicción de la arbitrariedad que proclama el art. 9.3 CE), crea, cada vez que celebra un convenio, unas expectativas en la otra parte contratante que, en principio, son dignas de tutela, de manera que las causas de nulidad, que legitiman a la Administración para apartarse del convenio, deben ser interpretadas estrictamente, incluso cuando su fundamento es el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas. El comportamiento de la Administración que, primero, celebra un convenio, y, cuando llega la hora de cumplirlo, invoca un argumento genérico como la inenajenabilidad del poder público ha de presumirse arbitrario y contrario a la buena fe, y parece que lo más adecuado es intentar hacer compatible la indisponibilidad en

Las reglas de competencia, cuantía, plazos, ejecución, medidas cautelares y costas que establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa serán aplicables en defecto de una legislación más específica. Una futura regulación, además de permitir la utilización de estas técnicas en los términos que aquí se proponen, debería facilitar una tramitación simplificada y ágil de los procesos judiciales, reduciendo los plazos y pudiendo llegar a limitar las vías de recurso si la experiencia práctica lo aconsejase (por ejemplo suprimiendo los recursos frente a autos que ordenasen la ejecución o la adopción de medidas cautelares). También debería facilitar el desarrollo de las negociaciones entre las partes, impidiendo que determinadas confesiones que éstas hubiesen realizado fuesen utilizadas en su contra en un ulterior proceso judicial<sup>283</sup>. Entre tanto, convendría realizar algunas adaptaciones de la LJCA para permitir la utilización de estos mecanismos de solución de conflictos y facilitar el control judicial de las soluciones obtenidas a través de estos procedimientos de autocomposición. Así, habría que ampliar el tenor del artículo 77, realizar las previsiones correspondientes en el ámbito material del recurso contencioso-administrativo o en los preceptos que regulan la competencia de Juzgados y Tribunales, hacer alguna referencia a la ejecución de las resoluciones judiciales que obliguen a Administración y particulares a observar sus compromisos<sup>284</sup>, o permitir expresamente la solicitud de medidas cautelares por las partes o terceros interesados en los procesos de anulación de acuerdos.

---

general con el cumplimiento del convenio, y para ello hay que dar al principio abstracto un contenido concreto, que permita distinguir entre los convenios que lo vulneran y los que son compatibles con él».

<sup>283</sup> Como se desprende de la experiencia de los Estados Unidos -véase el Capítulo IV.C) de la Primera Parte-, la protección de la confidencialidad en las negociaciones es sumamente importante si se quiere favorecer la discusión entre las partes y la comprensión de los verdaderos intereses en juego. Precisamente, por ello, no resulta aconsejable que un Juez o Magistrado pueda actuar como mediador o conciliador si luego debe ocuparse en vía judicial del asunto, ya que puede conocer informaciones que dañen su imparcialidad. Véase también el art. 24.2 LARB.

<sup>284</sup> Podría llegarse a permitir, incluso, la ejecución judicial directa de los acuerdos extrajudiciales, introduciendo en el artículo 113 LJCA esta previsión con la obligación del Juzgado o Tribunal de examinar previamente la posible existencia de causas de anulación.

## **D) EL PAPEL COMPONEDOR DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y FIGURAS**

### **AFINES.**

El surgimiento en el norte de Europa de la figura del *Ombudsman* obedece a la necesidad de defender a los ciudadanos frente a los abusos de las Administraciones Públicas. La Constitución de 1978 la recoge bajo la denominación de Defensor del Pueblo en su artículo 54, que configura esta institución como alto comisionado de las Cortes Generales designado para la defensa de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Puede supervisar la actividad de la Administración y ha de informar anualmente a las Cortes Generales del desarrollo de su actuación. Sin embargo, ni el artículo 54 C.E. ni la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que lo desarrolla, hacen referencia alguna a las potencialidades mediadoras o conciliadoras de esta institución, que no tiene carácter judicial pero que debe intentar solventar los conflictos que enfrentan a los ciudadanos y a la Administración. El artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, sólo permite al Defensor del Pueblo, que puede actuar de oficio o a instancia de parte, formular a autoridades y funcionarios advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de medidas que corrijan su actuación, a las que éstos deberán responder en el plazo de un mes. Ciertamente, el recurso al Defensor del Pueblo supone, para muchos ciudadanos, un intento de evitar la vía de recurso administrativa y, especialmente, la judicial para resolver su problema. Aunque con esta actuación no logra el consenso entre las partes, en muchas ocasiones sí consigue que la Administración corrija actuaciones irregulares y se solucione la cuestión, por lo que en estos términos su intervención sí podría considerarse como un mecanismo de resolución de conflictos administrativos.

Su posición institucional, su *auctoritas* y su carácter independiente dotan al Defensor del Pueblo y a los comisionados autonómicos equivalentes, (que se han ido creando en el seno de las Comunidades Autónomas a medida que éstas se han ido desarrollando), de un carácter especialmente idóneo para desempeñar funciones de mediación y conciliación entre los ciudadanos y la Administración. En tanto que alto

comisionado de las Cortes Generales, órgano que encarna la soberanía popular, el Defensor del Pueblo reúne cualidades de absoluta imparcialidad que le han hecho, a lo largo de sus años de funcionamiento, merecedor de un elevado grado de confianza entre los ciudadanos. La posición que le ha asignado el ordenamiento jurídico español y el respeto que la institución ha ido adquiriendo hacen que el Defensor del Pueblo esté especialmente capacitado, al igual que los defensores autonómicos, para intentar acercar a los ciudadanos y a la Administración con el fin de eliminar sus diferencias. No en vano, en Francia recibe el nombre de *Médiateur* y entre sus funciones destaca su papel de *intercesseur*, en el que actúa como mediador en base a los buenos oficios<sup>285</sup>. También, *Ararteko* -nombre del comisionado vasco- significa mediador en Euskera. Por ello, la propia institución y también los distintos Parlamentos deben encargarse de desarrollar esta útil labor, ya que, como afirma ROSA MORENO, en el caso del Defensor del Pueblo español y de sus comisionados autonómicos, estamos ante «una institución cuyas potencialidades mediadoras están aún a la espera de ser adecuadamente explotadas»<sup>286</sup>. Para disipar cualquier duda legal y, sobre todo, para fomentar el recurso a la mediación o a la conciliación ante esta institución, debería llevarse a cabo una mínima regulación legal de los supuestos en que Administraciones y particulares pueden acudir al Defensor del Pueblo o a los defensores autonómicos para solucionar sus controversias, así como de las condiciones generales en que esta intervención debe

---

<sup>285</sup> Véase el Capítulo II.B) de la Segunda Parte de este trabajo y la bibliografía allí citada.

<sup>286</sup> Op. cit. pág. 40. Véase, por su gran interés, la comparecencia del señor Defensor del Pueblo ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Defensor del Pueblo. Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Comisiones Mixtas. V Legislatura. 3 de octubre de 1995. Núm. 87. Págs. 1739 a 1742. RIVERO YSERN se refiere a la potencialidad conciliadora y mediadora del Defensor del Pueblo y de los defensores autonómicos en vía administrativa, ya que ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía establecen una limitación de los medios, técnicas o competencias para contribuir a la defensa de los derechos fundamentales en cuanto puedan ser objeto de lesión por la Administración. Op. cit. págs. 64, 65, 93 y 94. Sin embargo, no comparto su afirmación relativa a la posibilidad de que el Defensor del Pueblo pueda asumir funciones de arbitraje de equidad, en tanto, como ya hemos dicho esta posibilidad no parece conveniente en Derecho Administrativo, máxime cuando este órgano está sometido en su actividad al ordenamiento jurídico. Además, entiendo que deben aprovecharse más las potencialidades mediadoras de esta figura en lugar de proceder a atribuirle nuevas funciones arbitrales. Finalmente, SÁNCHEZ SAUDINÓS, citando a BARCENDÓN, señala que «el Defensor tiene mucho más de órgano mediador que de órgano resolutorio, puesto que no puede imponer sanciones, ni puede anular acuerdos o normas, ni modificarlos, sino que simplemente puede sugerir, recomendar, advertir o recordar deberes legales a la Administración, ejercitar acciones procesales ante el tribunal Constitucional y, en todo caso, dar publicidad a sus actuaciones y resoluciones a través de los informes que sobre su actividad dirige a la Cortes, puesto que además son publicados». *El Defensor del Pueblo*. En Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (Dir.) y Calvo Charro, María (Coord.); *La Administración Pública Española*. INAP. Madrid, 2002. Pág. 700.

realizarse. Al ser ésta gratuita, se facilitaría indudablemente la aceptación de estos procedimientos por personas y entidades con escasos recursos económicos. Ello constituye una solución más sencilla y menos gravosa para el contribuyente que crear nuevos organismos u órganos públicos especializados. Sería, incluso, conveniente reconocer al Defensor del Pueblo la facultad de proponer a las partes, y en particular a la Administración, la posibilidad de llegar a un acuerdo, ofreciendo su mediación institucional con ocasión de la tramitación de una queja<sup>287</sup>. Para el desempeño de estas funciones, tanto el Defensor del Pueblo español como los autonómicos deberían contar con asistencia técnica o profesional externa, pudiendo celebrar convenios con Universidades o Colegios Profesionales que proporcionasen personas de reconocido prestigio y solvencia técnica con el fin de que pudiesen intervenir como mediadores o conciliadores en la materia objeto de conflicto. Estos expertos colaboradores deberán estar sometidos a los mismos deberes de confidencialidad o reserva que el art. 22 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, impone al Defensor del Pueblo y al personal dependiente de la institución.

Hasta ahora, han sido especialmente los Defensores autonómicos (el *Ararteko* en el País Vasco, el *Sindic de Greuges* en Cataluña o en Baleares, el Defensor del Pueblo Andaluz, el Procurador del Común en Castilla y León, el Justicia de Aragón, el Síndico de Agravios en la Comunidad Valenciana, el Valedor del Pueblo en Galicia, o los Defensores del Pueblo de Castilla-La Mancha y Navarra), los que más han desarrollado esta actividad actuando en la práctica como conciliadores o mediadores en numerosos asuntos, algunos de los cuales han acabado con la firma de un acuerdo transaccional entre las partes, otros con la aceptación por éstas de sus recomendaciones o propuestas, y otros sin llegar al arreglo del conflicto. Es mas, algunas legislaciones autonómicas que

---

<sup>287</sup> Lo normal será que este procedimiento se utilice para resolver conflictos de naturaleza colectiva, pero no cabe excluir también la posibilidad de que el Defensor del Pueblo proponga su mediación en conflictos individuales. Si Administración y particulares instan al Defensor del Pueblo a intervenir, éste debe actuar como mediador en los conflictos de naturaleza colectiva, pero no estará obligado a hacerlo en los de carácter individual, donde estaría facultado para aceptar o rechazar este servicio por el riesgo de colapsar el funcionamiento de la institución. Comparecencia del señor Defensor del Pueblo ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Defensor del Pueblo. Op. cit. págs. 1740 y 1741.

regulan estas instituciones permiten proponer fórmulas de conciliación o mediación que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas: artículos 28.1 de la Ley 14/1984, de 20 de marzo, del Sindic de Greuges en Cataluña, 23 de la Ley 1/1993, de 10 de marzo, del Sindic de Greuges de las Islas Baleares, 29 de la Ley 6/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo de Galicia, 26 del Acuerdo de 20 de noviembre de 1985, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz, y 30 del Reglamento de 23 de junio de 1997, de Organización y Funcionamiento del Ararteko. Incluso, la Exposición de Motivos de la Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común de Canarias (citando la de la anterior Ley 1/1985, de 12 de febrero), afirma que esta figura persenta “una visión más amplia que pueda servir por su independencia como mediador entre Administración y administrados”. LOPERENA ROTA<sup>288</sup> enumera algunos ejemplos de esta actividad mediadora o conciliadora de los Defensores Autonómicos destacando su intervención en asuntos relativos al medio ambiente (afecciones ambientales generadas por una estación de servicio, ubicación de un vertedero de residuos tóxicos, gestión de un vertedero de residuos urbanos, etc.), al urbanismo (expropiaciones urbanísticas) a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas o a la función pública (traslados, régimen disciplinario, conflictos colectivos, etc.). En muchos de estos casos, la Administración Pública ha aceptado acuerdos transaccionales, lo que demuestra una vez más el uso práctico de medios alternativos de resolución de conflictos y el retraso que, a nivel legislativo, existe en esta materia.

Dada la enorme conflictividad existente en algunos sectores entre Administración y ciudadanos, en los últimos años y siguiendo el modelo estadounidense, se están empezando a crear defensores especializados que actúan en cada departamento administrativo y que resultan accesibles tanto a empleados como a particulares. Nuestro Defensor del Pueblo o las figuras autonómicas afines no siempre están próximas al ciudadano, sus poderes y atribuciones son a menudo desconocidas para las personas de

---

<sup>288</sup> Op. cit. págs. 189 a 197.

a pie, y sus recursos son limitados. Especialmente en asuntos cotidianos de menor importancia económica o en asuntos que requieren conocimientos específicos y del funcionamiento del organismo público es donde resultan útiles estas nuevas figuras.

Así, por ejemplo, la Disp. Adic. 14ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, obliga en nuestro país a las Universidades que no dispongan de esta figura a integrar en su estructura organizativa al Defensor Universitario, cuyas actuaciones, regidas por los principios de independencia y autonomía, estarán dirigidas a la mejora de la calidad universitaria en todos sus ámbitos<sup>289</sup>. También la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, regula en sus artículos 36 a 39 la figura del Defensor del Paciente, que, dentro de la propia Administración Sanitaria, se encargará de gestionar las quejas, reclamaciones y sugerencias relativas a derechos y obligaciones de los pacientes, intermediando en los conflictos que planteen los usuarios del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid. Por último, el art. 34.2 LGT dispone: “Integrado en el Ministerio de Hacienda, el Consejo para la Defensa del Contribuyente velará por la efectividad de los derechos de los obligados tributarios, atenderá las quejas que se produzcan por la aplicación del sistema tributario que realizan los órganos del Estado y efectuará las sugerencias y propuestas pertinentes, en la forma y con los efectos que reglamentariamente se determinen”. A nivel autonómico, el Decreto 22/1999, de 11 de febrero, de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, procede a la creación del Defensor del Contribuyente, definiéndolo como un “órgano de estudio y formulación de propuestas de resolución de las quejas formuladas por los contribuyentes por retrasos

---

<sup>289</sup> Los Estatutos de la Universidad de Alcalá, (aprobados por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, núm. 221/2003, de 23 de octubre), recogen esta figura en sus artículos 240 a 245. El Defensor Universitario, con consideración de Vicerrector, no estará sometido a mandato imperativo de ninguna instancia universitaria y será independiente y autónomo. Buscará la mejora de la calidad de la Universidad velando por el cumplimiento de la legislación universitaria y de los Estatutos. Actuará con la mayor celeridad posible y tendrá derecho a acceder a toda clase de expedientes y documentación administrativa relacionada con el objeto que suscite su actuación. Entre sus competencias destaca la de efectuar las propuestas que considere adecuadas para la solución de los casos que le sean sometidos, debiendo dar audiencia siempre a los representantes del órgano universitario concernido. Puede, por tanto, desempeñar una importante actividad mediadora en el seno de la Universidad. También puede, a petición de las partes interesadas, realizar funciones de arbitraje.



o anomalías en el funcionamiento de los servicios tributarios de la Comunidad de Madrid”. Estos defensores existentes, entre otros, en el ámbito tributario, de la sanidad pública o de la educación pública universitaria resultan de gran utilidad, ya que habitualmente las quejas de los ciudadanos requieren una respuesta rápida y que no perjudique a sus intereses personales o académicos. Por ello, cuando su actuación sea plenamente efectiva, se acabarán implantando en otros sectores de la actividad pública.

Por último, hay que señalar que, con carácter general, no existe a nivel local un órgano individual de defensa de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, ha introducido un nuevo art. 132 en la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local ordenando a los Ayuntamientos más importantes<sup>290</sup> la creación de un órgano de defensa de los derechos de los vecinos ante la Administración municipal: la Comisión especial de Sugerencias y Reclamaciones, formada por miembros del Pleno, con participación proporcional de todos los grupos políticos. Podrá supervisar la actividad administrativa municipal dando cuenta al Pleno, mediante un informe anual o informes extraordinarios, de las quejas presentadas y de las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios municipales. Habrá que esperar a su puesta en práctica, pero, por su carácter político y dependiente del Pleno, considero que no deben esperarse resultados importantes.

---

<sup>290</sup> Los de municipios de más de 250.000 habitantes, de capitales de provincia cuya población supere los 175.000 habitantes, de capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de instituciones autonómicas si así lo solicitan las respectivas Asambleas y, con el mismo requisito, los de más de 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales, (art. 121 LBRL).

## **CAPÍTULO V. ALGUNAS REFERENCIAS**

### **EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.**

Pocas son las referencias normativas sobre el uso de vías de resolución de conflictos alternativas a los procedimientos tradicionales de recurso administrativo o judicial. Cada una de ellas exigiría por sí sola un estudio específico de análisis y propuestas, por lo que dado el alcance limitado y general de este trabajo procederé a una simple enumeración de las más significativas.

#### **A) DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO.**

Quizás, a primera vista, pudiera parecer que los principios de reserva de ley y de indisponibilidad del crédito tributario (arts. 8 y 18 LGT) pueden impedir en esta materia la utilización de mecanismos de arbitraje, mediación, transacción o conciliación<sup>291</sup>. Además, el art. 6 LGT recuerda que “los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones tienen carácter reglado y son impugnables en vía administrativa y jurisdiccional en los términos establecidos en las Leyes”. Sin embargo, con algunas reticencias, poco a poco se va permitiendo en este ámbito la entrada de mecanismos voluntarios que permiten dar una solución especializada e independiente a los conflictos

---

<sup>291</sup> Arrieta Martínez de Pisón, Juan; *Finalización convencional del procedimiento tributario*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 192. Falcón y Tella, Ramón; *El arbitraje tributario*. Op. cit. pág. 257. Éste último autor presenta algunos ejemplos de soluciones arbitrales en asuntos tributarios internacionales.

tributarios<sup>292</sup>. Al igual que ocurre en Francia<sup>293</sup>, el contencioso fiscal parece ser uno de los ámbitos donde los modos alternativos son más útiles y eficaces, arreglando la controversia de forma rápida y contribuyendo a la descongestión de la vía judicial contencioso-administrativa (art. 249 LGT)<sup>294</sup>.

Los artículos 39 LGP/1988 y 7.3 LGP/2003 (éste último entrará en vigor el 1 de enero de 2005), permiten transigir o acudir al arbitraje para solucionar las diferencias surgidas sobre derechos de la Hacienda Pública, aunque para ello exigen autorización del Consejo de Ministros mediante Real Decreto previo dictamen del Consejo de Estado<sup>295</sup>. Únicamente, en procedimientos concursales se permite directamente, con el fin claro de que la Administración pueda llegar a cobrar, la utilización de estas técnicas

---

<sup>292</sup> AGULLÓ AGÜERO ha afirmado que «no hay un principio específico de Derecho Tributario, de exclusiva aplicación en materia tributaria, que impida la introducción en este ordenamiento de elementos de naturaleza convencional. Los límites, el fundamento y las reglas del juego, son las mismas en todo el ordenamiento jurídico público interno. Y también han de serlo las soluciones que se propongan a los problemas que se puedan plantear». *La introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992. En Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 184. También FALCÓN Y TELLA ha entendido que «incluso en cuestiones estrictamente jurídicas nada se opone a la solución arbitral. Ésta es desde luego posible, siempre que haya acuerdo entre las partes, en las que podríamos calificar como relaciones “extratributarias”, que surgen entre los particulares como consecuencia de la aplicación de los tributos ... Pero es más, incluso las controversias entre la Hacienda pública y los obligados tributarios, admiten la solución arbitral. En efecto, la indisponibilidad del crédito tributario no impide a la Administración someterse a arbitraje, sino que únicamente exige que sea el legislador el que defina con suficiente precisión los supuestos y el alcance de este mecanismo de solución de conflictos ... Es decir, que nuestro ordenamiento lo único que excluye es la libre disposición de su crédito por la Administración cuando la Ley no lo prevé; o una habilitación en blanco al acreedor tributario, sin garantía alguna para el interés público». En *El arbitraje tributario*. Op. cit. págs. 259 y 260. Para Ángeles DE PALMA «la negociación entre la Administración y los contribuyentes es posible y lícita en la medida que se desarrolle de forma transparente ... el principio de legalidad tributaria tan sólo impide el uso del instrumento negocial en relación a las cuestiones regladas de forma inequívoca en el Derecho imperativo, pero no cuando el propio legislador otorga a la Administración cierto ámbito de decisión». Op. cit. págs. 180 y 182. Véanse las notas 56, 297 y 298.

<sup>293</sup> Véanse las páginas 141 y 142 y la nota 14 de la Segunda Parte de este trabajo.

<sup>294</sup> No debe olvidarse que, según VELASCO GARRIDO, «un régimen idóneo de gestión tributaria sería aquel que compatibilizase la agilidad y eficacia en la liquidación y recaudación de los tributos con un razonable sistema de garantías hacia los administrados, teniendo en cuenta que, en contra de estos últimos, juega la ejecutividad de las liquidaciones, consecuencia del viejo principio, hoy puesto en tela de juicio, de suponer que las Administraciones Públicas, y en concreto las tributarias, actúan siempre conforme a Derecho». *El Consell Tributari municipal como instrumento de autocontrol y garantía del contribuyente*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 291.

<sup>295</sup> Véanse las páginas 282 a 285, 314 y 315 de este trabajo. Además del art. 7.3 LGP/2003, los artículos 98.3 y 116 LGP/2003 permiten utilizar el arbitraje en la realización de operaciones relativas a Deuda del Estado en mercados financieros y en el otorgamiento de avales que garanticen operaciones de comercio exterior, en ambos casos siempre que se garantice la inembargabilidad de los bienes afectados a un servicio público.

extrajudiciales<sup>296</sup>. La propia redacción negativa de ambos preceptos y los límites impuestos reflejan la falta de voluntad del legislador de utilizar en la práctica estas técnicas, aunque, en los últimos tiempos, son varias las voces que se han levantado para pedir que tengan una aplicación real y práctica. Así, por ejemplo, el Prof. CALVO ORTEGA ha apostado claramente por introducir el arbitraje de Derecho en el ámbito tributario, mediante procedimientos sencillos y rápidos celebrados al margen de la organización judicial ante árbitros independientes y especializados. Ese arbitraje, en su opinión, habría de ser legal y obligatorio y el laudo emitido sería controlable judicialmente por causas tasadas. Entre las materias que considera adecuadas para su sometimiento a arbitraje se encuentran las valoraciones de bienes, la precisión de conceptos indeterminados, el establecimiento y la aplicación de precios públicos o los conflictos derivados de la doble imposición<sup>297</sup>. CRUZ PADIAL, por su parte, defiende un arbitraje tributario voluntario, revisable judicialmente por motivos tasados, y entiende

---

<sup>296</sup> Así, la vigente redacción del citado artículo 39, tras la redacción dada por la Disposición Final Décima de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), permite a la Hacienda Pública la suscripción y celebración de convenios en el seno de procedimientos concursales, previa autorización del Ministerio de Hacienda, que puede delegar esta competencia en los órganos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Además, en el caso de que los referidos convenios afecten a créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda a dicha Agencia Estatal, bastará con que el órgano competente de la Agencia autorice su celebración. En el caso del Fondo de Garantía Salarial, es preciso la autorización del órgano competente de acuerdo con la normativa reguladora del organismo autónomo. En términos similares se manifiesta el art. 10.2 LGP/2003. Véase al respecto Bustillo Bolado, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. págs. 230 a 238.

<sup>297</sup> Calvo Ortega, Rafael; *En defensa del arbitraje tributario*. Crónica Tributaria, nº 100. 2001. Págs. 153 a 166. El autor señala en la página 156 que, en definitiva, «no hay ningún obstáculo competencial o constitucional para que la ley establezca un arbitraje tributario en los términos que acabamos de indicar. Si según dispone la Constitución, la Administración sirve con objetividad los intereses generales ... actúa de acuerdo con los principios de eficacia (art. 103), nada impide que el legislador estime oportuno el establecimiento de un arbitraje tributario obligatorio. Como hemos dicho anteriormente, la única exigencia de la Ley Fundamental es mantener abierto el acceso de los sujetos a los juzgados y tribunales. Argumentos a favor de un arbitraje tributario podrían encontrarse incluso en el propio principio de justicia tributaria. En efecto, este tipo de justicia no se limita solo a una equitativa distribución de la carga tributaria y a la aplicación correcta de los principios de generalidad y capacidad económica. Demanda también una aplicación de las normas y una solución de los conflictos en un plazo no excesivo. La lentitud en la resolución de los contenciosos viene así a significar un desconocimiento de esa exigencia constitucional de justicia impositiva». Véase también su trabajo *Litigiosidad fiscal y arbitraje tributario*. Impuestos. Vol. II. 2001. Págs. 251 a 263. En el postula que, «junto al esquema clásico de decisión de conflictos tributarios (Reclamaciones Económico-Administrativas y Tribunales Contencioso-Administrativos) se establezca otro para la resolución de las cuestiones de más fácil verificación (Arbitraje Tributario y Juzgado de lo Contencioso-Administrativo)». Sobre el impulso de procedimientos alternativos en el ámbito tributario pueden verse Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996. González Cuéllar-Serrano, María Luisa; *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*. Colex. Madrid, 1998. Hortalá i Vallvé, Joan; *El arbitraje en materia tributaria. Un análisis crítico del convenio de la Unión Europea*. Crónica Tributaria, 79. 1996. Págs. 55 a 65. Téngase en cuenta igualmente lo dispuesto en la nota 292.

que la forma transaccional surge, en Derecho Tributario, derivada de principios constitucionales tales como la eficacia, la participación, la seguridad jurídica y la tributación acorde con el principio de capacidad económica. En su opinión, el ubicar medidas complementarias al propio proceso en el procedimiento de gestión es una forma efectiva de garantizar el derecho recogido en el artículo 24 de la Constitución<sup>298</sup>.

Por otro lado, hace ya tiempo que en nuestro país funcionan los Tribunales Económico-Administrativos, unos órganos administrativos independientes y especializados integrados dentro del Ministerio de Hacienda. Frente a los actos de gestión tributaria o de imposición de sanciones, los contribuyentes pueden interponer, en primer lugar, un recurso de reposición que tiene carácter potestativo<sup>299</sup>. Posteriormente, los interesados podrán iniciar la vía de reclamación económico-administrativa<sup>300</sup> ante los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o Locales<sup>301</sup>, o ante el Tribunal Económico Administrativo Central, según las reglas de determinación de la competencia que fija el art. 229 LGT. Las resoluciones de los

---

<sup>298</sup> *¿Es posible el arbitraje tributario?*. Op. cit. págs. 383, 384, 394 y 402. Este autor considera -págs. 386, 387 y 391- que «la introducción de técnicas negociales en nuestro ordenamiento jurídico podría conseguir un triple objetivo: en primer lugar, descongestionar los Tribunales, con lo que ello conlleva de reducción en el tiempo de demora para la resolución de conflictos; segundo, evitar la insatisfacción que se produce respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende decidir la cuestión en un tiempo razonable; y tercero, lograr lo que podríamos calificar como mayor grado de paz jurídica, puesto que la mejora del sistema conlleva una mayor satisfacción y un menor grado de conflictividad, lo que hará que el obligado acepte con mejor disposición una resolución a la que se ha llegado sin que ésta sea producto del poder imperativo de la Administración ... Esta renuncia al acto unilateral como única forma de actuación por parte de la Administración nos lleva al convencimiento de que el interés público se alcanza no sólo mediante las referidas actuaciones autónomas e imperativas sino a través de la colaboración del ciudadano en la toma de decisión».

<sup>299</sup> Arts. 213.2, 220.3, 221.6 y 222 a 225 LGT.

<sup>300</sup> Sobre su régimen jurídico téngase en cuenta lo dispuesto en la Disp. Adic. 5ª LRJ-PAC, en los artículos 213, 220.3, 221.6, y 226 a 248, y en las Disp. Adic. 11ª a 14ª LGT, y en el Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas (este último vigente de acuerdo con el número 2 de la Disposición Derogatoria Única LGT). A mi modo de ver la nueva regulación contenida en la LGT es demasiado compleja y los plazos que en ella se contienen son excesivos, lo que impide la agilidad que la Exposición de Motivos de la Ley predica de los nuevos procedimientos. La creación de un procedimiento abreviado ante órganos unipersonales en determinadas materias y cuantías pretende disminuir el número de asuntos pendientes ante estos Tribunales.

<sup>301</sup> En cada Comunidad Autónoma existirá un Tribunal Económico-Administrativo Regional. En cada Ciudad con Estatuto de Autonomía existirá un Tribunal Económico-Administrativo Local, (art. 229.5 LGT).

primeros, salvo cuando actúen en única instancia por razón de la escasa cuantía, podrán ser recurridas en alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central, que puede conocer también en primera instancia de las reclamaciones contra actos dictados por los órganos centrales de la Administración y frente al que se pueden interponer los recursos extraordinarios de revisión y de alzada para la unificación de criterio (arts 241 a 244 LGT). Las resoluciones de éste agotan la vía administrativa y son recurribles en vía judicial -arts. 6 y 249 LGT y 10.1.e) y 11.1.d) LJCA-. Esta vía, relativamente ágil<sup>302</sup> y gratuita<sup>303</sup>, permite un recurso administrativo previo al contencioso y constituye un importante filtro derivado de la especialidad del órgano administrativo, que suele resolver las reclamaciones con bastante independencia<sup>304</sup>.

Muy significativa ha sido la experiencia del *Consell Tributari*<sup>305</sup>, creado en 1988 por el Ayuntamiento de Barcelona como órgano encargado de la solución rápida de conflictos en materia tributaria local. Con esta solución, el Ayuntamiento de Barcelona reaccionó de forma elogiada frente a la supresión de las reclamaciones económico-administrativas en el ámbito local -arts. 108 y 113 LBRL-, lo que había supuesto no sólo la reducción del control de la actuación tributaria municipal, sino también un perjuicio considerable para el ciudadano, al que sólo quedaba, tras el recurso potestativo de reposición previsto en el art. 14.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas

---

<sup>302</sup> Decimos “relativamente”, porque el plazo de resolución en cualquiera de sus instancias es de un año, contado desde la interposición de la reclamación, (art. 240.1 LGT).

<sup>303</sup> Salvo en los casos en que el órgano económico-administrativo aprecie temeridad o mala fe, donde podrá exigir al reclamante que sufrague las costas del procedimiento, (art. 234.4 LGT).

<sup>304</sup> Véase el art. 28 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, que regula la abstención y la recusación de los componentes de los órganos que conozcan las reclamaciones económico administrativas.

<sup>305</sup> Sobre el *Consell Tributari* del Ayuntamiento de Barcelona véanse Tornos Mas, Joaquín; *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*. Op. cit. págs. 207 a 226. de Lecea y Ledesma, Ignacio; *El Consell Tributari Municipal*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. págs. 269 a 275. Agulló Agüero, Antonia; *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral*. Op. cit. págs. 277 a 290. Aragonés Beltrán, Emilio; *El autocontrol jurídico de las Corporaciones Locales: el ejemplo del Consell Tributari de Barcelona*. Op. cit. págs. 15 a 55.

Locales<sup>306</sup>, el costoso recurso ante los órganos judiciales<sup>307</sup>. Este órgano está compuesto por especialistas de reconocida competencia y, con el tiempo, ha ido adquiriendo misiones consultivas y garantizando una mayor participación y un mayor acercamiento de los ciudadanos a la Administración tributaria local. El Pleno del Ayuntamiento de Barcelona aprobó su Reglamento el 2 de marzo de 1988<sup>308</sup>, recogiendo también su existencia en los artículos 141 a 143 de la Ordenanza Fiscal General de 1988 (reproducidos en las Ordenanzas de los años sucesivos). Su misión es examinar y dictaminar los recursos y quejas que, en materia de tributos locales, son presentados por los contribuyentes ante el Ayuntamiento de Barcelona o ante el propio Consejo. Se trata, pues, de un órgano especializado e independiente (no existe relación jerárquica de sus miembros con la Administración Municipal) a cuyo dictamen preceptivo pero no vinculante<sup>309</sup> se someten las diferencias que en materia de tributos locales enfrentan a los particulares y a la Administración municipal. Tres son las funciones del *Consell*: el dictamen de las propuestas de resolución de los recursos y demás reclamaciones que se presenten contra actos tributarios municipales, la recepción e informe de las quejas o sugerencias sobre el funcionamiento de los servicios tributarios municipales que hagan llegar los contribuyentes, y la elaboración de estudios y de trabajos sobre materias

---

<sup>306</sup> Actual art. 14.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

<sup>307</sup> Téngase en cuenta la Disp. Adic. 4ª LGT. Véanse al respecto Tornos Mas, Joaquín; *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*. Op. cit. págs. 210 y 211. Sánchez Morón, Miguel; *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. págs. 149 y 150. García de Enterría, Eduardo; *Introducción*. En Sánchez Morón, Miguel y Leguina Villa, Jesús (Dir.); *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Op. cit. págs. 14 a 17. Téngase en cuenta que, según el Prof. MARTÍN REBOLLO, los temas tributarios municipales significan el 50 % de toda la conflictividad local y que la cuantía del 35 % no llega a 100.000 pesetas -ahora 601 Euros-. En *Leyes Administrativas*. Op. cit. pág. 1383.

<sup>308</sup> Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia el 6 de mayo de 1988 y modificado parcialmente por Acuerdos de 8 de julio de 1994 y 23 de febrero de 2000.

<sup>309</sup> Este carácter permite el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del art. 107.2 LRJ-PAC, según el cual "La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley". El artículo 3 de su reglamento establece que "el Consell Tributari cumple sus funciones con independencia y objetividad, impulsando, investigando y resolviendo de oficio todas las materias que le son sometidas, sin que sus Informes o Dictámenes tengan carácter vinculante". El propio Consejo, para salvaguardar su imparcialidad, ha hecho que la posible asistencia a las sesiones de responsables municipales (art. 4.4) se realice en sesiones informativas anteriores a las deliberaciones.

tributarias cuando así se requiera por los órganos municipales<sup>310</sup>. Únicamente, el Consejo Tributario no puede ocuparse de las reclamaciones que se interpongan frente a los actos de aprobación de las Ordenanzas fiscales, de los Presupuestos, y de sus modificaciones, con lo que se excluye el control de la potestad normativa local que plasma la opción política del equipo de gobierno. De las tres funciones hemos de destacar la primera que, con ciertos matices, podría asimilarse a un arbitraje no vinculante. Tras la presentación del recurso potestativo de reposición ante los servicios municipales y una vez tramitado convenientemente, el órgano competente realiza una propuesta de resolución, que es presentada ante el *Consell* para su informe. Este puede ser favorable o desfavorable, en cuyo caso el *Consell* propone la solución que entienda correcta<sup>311</sup> y la eleva al órgano administrativo para que adopte la resolución y la notifique al interesado. Aunque el informe del Consejo Tributario no es vinculante, el Ayuntamiento respeta siempre la decisión del *Consell*<sup>312</sup> con lo que en la práctica le está defiriendo la solución de los recursos administrativos, lo que ha supuesto la institucionalización de una vía complementaria muy importante a la reducida vía administrativa local en esta materia, constituyendo un filtro eficaz de los litigios judiciales<sup>313</sup>. Del mismo modo, el Ayuntamiento suele dar el trámite adecuado a las medidas propuestas por el *Consell* en relación con las quejas planteadas por los ciudadanos. Sin embargo, en sentido estricto

---

<sup>310</sup> Sobre esta actividad de asesoramiento a los órganos municipales en materia tributaria véase Font i Llovet, Tomás; *El Consell Tributari: funciones consultivas*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. págs. 297 a 307.

<sup>311</sup> La actuación del Consejo «se concibe como garantía de la estricta observancia del principio de legalidad, con plena sujeción a las Ordenanzas Fiscales y sin posibilidad de recurso, en principio, a la equidad». Agulló Agüero, Antonia; *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral*. Op. cit. pág. 285.

<sup>312</sup> El *Consell Tributari* fue creado bajo el compromiso firme, no expreso y, hasta el momento, escrupulosamente respetado por el Ayuntamiento, de que éste aceptaría y asumiría íntegramente las propuestas de resolución que se le hicieran por parte del Consejo. Agulló Agüero, Antonia; *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral*. Op. cit. pág. 286.

<sup>313</sup> En 1989 sólo se presentaron 90 recursos ante la Audiencia Territorial de Barcelona, cuando en 1988 el número había sido de 450. Sánchez Morón, Miguel; *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Op. cit. pág. 150.



no se puede hablar de vía alternativa de resolución de conflictos<sup>314</sup>, porque no viene a sustituir al recurso potestativo de reposición, sino a mejorarlo para poner fin a la controversia introduciendo la participación de un órgano especializado y objetivo. De todas formas, su funcionamiento práctico ha demostrado el éxito y la eficacia de este sistema.

Los positivos resultados de la experiencia anterior, las críticas doctrinales sobre la supresión de las reclamaciones económico-administrativas en el ámbito local y la enorme cantidad de contenciosos que en esta materia se producen, han sido las razones que han impulsado la reforma de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local para introducir un sistema de resolución de las reclamaciones sobre actos tributarios de competencia local por un órgano especializado e independiente. La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local introduce en la LBRL un nuevo Título X que contiene un régimen orgánico específico para los municipios de más de 250.000 habitantes, las capitales de provincia cuya población supere los 175.000 habitantes, las capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de instituciones autonómicas, y los municipios de más de 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales<sup>315</sup>. El artículo 137 de dicho Título permite a los interesados, tras la interposición del recurso potestativo de reposición a que se refiere el artículo 14 de la Ley de Haciendas Locales, interponer reclamación económico-administrativa contra los actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos e ingresos de Derecho Público que sean de competencia municipal. De su conocimiento y resolución se ocupará un órgano

---

<sup>314</sup> En el mismo sentido se pronuncia AGULLÓ AGÜERO, quién considera que el *Consell* ejerce una función quasiarbitral. *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una funció quasiarbitral*. Op. cit. págs. 284 y 288.

<sup>315</sup> Salvo en los dos primeros supuestos la decisión se tomará por las Asambleas Legislativas Autonómicas previa iniciativa del Ayuntamiento interesado (art. 121 LBRL). La Disposición Transitoria 4ª exceptúa del ámbito de aplicación del citado Título X, en tanto no se apruebe su régimen especial, al municipio de Barcelona donde, como hemos visto, desarrolla sus funciones el *Consell Tributari*.

especializado<sup>316</sup>, compuesto por un número impar de miembros de reconocida competencia técnica, cuyo funcionamiento se basará en criterios de independencia técnica, celeridad y gratuidad. La resolución que dicte pone fin a la vía administrativa y contra ella sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo<sup>317</sup>. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con el *Consell Tributari*, este órgano resuelve con carácter vinculante el recurso administrativo, sustituyendo por completo a la Administración, por lo que supone un mecanismo de resolución alternativa de conflictos administrativos. Como indica la propia Exposición de Motivos de la citada Ley de Modernización, «este órgano puede constituir un importante instrumento para abaratar y agilizar la defensa de los derechos de los ciudadanos en un ámbito tan sensible y relevante como el tributario, así como para reducir la conflictividad en vía contencioso-administrativa, con el consiguiente alivio de la carga de trabajo a que se ven sometidos los órganos de esta jurisdicción».

Para FALCÓN Y TELLA<sup>318</sup>, los acuerdos previos en materia de precios de transferencia, a que se refiere el art. 16.6 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades, no constituyen un procedimiento arbitral en sentido estricto, pero sí una solución transaccional. Sí participa, en cambio, de la naturaleza arbitral el procedimiento de tasación pericial contradictoria que el sujeto pasivo puede promover para confirmar

---

<sup>316</sup> También deberá dictaminar los proyectos de ordenanzas fiscales y elaborar estudios y propuestas en materia tributaria cuando sea requerido por los órganos municipales competentes.

<sup>317</sup> La composición, competencias, organización y funcionamiento del órgano especializado, así como el procedimiento para hacer efectivas las reclamaciones, deberán regularse por reglamento aprobado por el Pleno municipal, que deberá respetar lo dispuesto en la LGT y en la normativa reguladora de las reclamaciones económico-administrativas. En la redacción final del texto de la Ley se ha añadido un sexto párrafo: «La reclamación regulada en el presente artículo se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la reclamación económico-administrativa ante los Tribunales Económico-Administrativos del Estado». Por otra parte, la Disp. Adic. 4ª LGT establece que «la normativa aplicable a los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales en materia de recurso de reposición y reclamaciones económico-administrativas será la prevista en las disposiciones reguladoras de las Haciendas Locales». Véase la nota 300.

<sup>318</sup> Falcón y Tella, Ramón; *El arbitraje tributario*. Op. cit. pág. 259.

o corregir otros sistemas de comprobación de valores (art. 57.2 LGT)<sup>319</sup>. De acuerdo con el art. 134.3 LGT, frente a la valoración efectuada por la Administración, los obligados tributarios podrán promover la tasación pericial contradictoria, regulada en el art. 135. Ello podrá hacerse cuando las normas específicas de los tributos así lo prevean o dentro del plazo para interponer el primer recurso o reclamación frente a la liquidación efectuada de acuerdo con los valores comprobados administrativamente. La presentación de la solicitud de tasación pericial contradictoria determina la suspensión de la ejecución de la liquidación y del plazo para interponer recurso o reclamación contra la misma. A menos que la cuantificación del valor comprobado por la Administración se haya realizado por un perito, ésta deberá solicitar un dictamen pericial. Posteriormente, el obligado aportará el suyo y, si la diferencia entre ambos es igual o inferior a 120.000 Euros y al 10 % de la tasación aportada por el interesado, ésta última servirá de base para la liquidación. En otro caso, deberá designarse, conforme al procedimiento establecido en el art. 135.3, un perito tercero cuya valoración será la que sirva de base a la liquidación.

Concluimos este apartado destacando la voluntad del legislador tributario de reducir la excesiva litigiosidad existente en esta materia. Junto a las manifestaciones

---

<sup>319</sup> También para RAMALLO MASSANET la función arbitral está presente en la tasación pericial contradictoria. *La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias*. Op. cit. pág. 233. De la misma opinión es CALVO ORTEGA. *En defensa del arbitraje tributario*. Op. cit. pág. 159. AGULLÓ AGÜERO afirma que estamos ante un procedimiento de naturaleza arbitral aplicable con carácter general para la comprobación de valores en fase de gestión o comprobación tributaria, que se proyecta sobre un terreno donde los hechos son difícilmente deslindables del derecho. *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral*. Op. cit. págs. 278 y 279. GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO manifiesta, en cambio, que la intervención de un tercero experto es un arbitrio, ya «que se dirige a completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente, incompleta. Constituye un supuesto de contrato heterocompositivo». En *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*. Op. cit. pág. 355. Esta misma autora, al distinguir tasación pericial contradictoria y arbitraje, ha concluido que «en los casos en que interviene un tercero experto, la tasación pericial contradictoria es un supuesto de arbitrio de tercero como consecuencia de la ausencia de un verdadero litigio». *El arbitraje en el Derecho Tributario*. Estudios Financieros, nº 167. 1997. Pág. 14. En todo caso, ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN entiende que deberían establecerse mecanismos que facilitasen los acuerdos sobre valoraciones de bienes u otros elementos. Ello «sería enormemente beneficioso en impuestos como el de Transmisiones Patrimoniales, ya que es uno de los tributos que estadísticamente mayor conflictividad presenta -en el número de reclamaciones- respecto a la valoración de sus bienes, y, por el contrario, cuantitativamente ofrece unos índices de recaudación bajos». *Finalización convencional del procedimiento tributario*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Op. cit. pág. 197. Sobre la tasación pericial contradictoria puede verse Martínez García-Moncó, Alfonso; *La tasación pericial contradictoria*. Tecnos. Madrid, 1994.

anteriormente descritas, la LGT impide en varios supuestos el recurso contra actos complementarios, pero salvaguarda en todo caso el recurso frente a la resolución del procedimiento principal. Entre otros, el artículo 89.4 dispone que el obligado tributario no podrá entablar recurso alguno contra la contestación administrativa a las consultas tributarias, pero podrá hacerlo contra el acto o actos administrativos que se dicten posteriormente en aplicación de los criterios manifestados en dicha contestación. Lo mismo sucede con los acuerdos previos de valoración a que se refiere el artículo 91.6

## **B) CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

De acuerdo con los artículos 7.3 y 60.1 LCAP el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para resolver, una vez agotada la vía administrativa previa, las controversias que surjan entre las partes de un contrato administrativo. Sin embargo, el ámbito de la contratación administrativa puede resultar apropiado para la introducción de vías de solución de conflictos alternativas o complementarias al sistema judicial. Ello se debe en primer lugar a que en esta materia existe una clara oposición de intereses entre las partes y a menudo las controversias se refieren a cuestiones pecuniarias o de determinación de cantidad. Pero además, y ello es algo que casi siempre tiene lugar en los contratos de obra, las diferencias entre las partes plantean a menudo complejas cuestiones de carácter técnico que aconsejan que especialistas en la materia se ocupen del asunto. Por eso, para MORELL OCAÑA la apertura a un posible arbitraje cobra aquí una gran importancia y su solución es favorable no sólo al contratista sino también a la propia Administración<sup>320</sup>. Igualmente,

---

<sup>320</sup> Morell Ocaña, Luis; *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 4ª Edición. Aranzadi. Elcano (Navarra), 1999. Pág. 318. MONEDERO GIL, que recuerda la tradicional resistencia a la solución arbitral, se pronuncia «en favor de la rápida introducción de la institución del arbitraje en el sistema de contratación español, mediante la promulgación de las normas administrativas típicas que regulen un procedimiento uniforme y clarifiquen la problemática que hoy envuelve a esta figura tan útil para el logro de la cohesión y de la paz social». *Doctrina del Contrato del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1977. Págs. 431 a 433. FONT I LLOVET describe como «desde hace ya tiempo se viene insistiendo en la necesidad de profundizar en la búsqueda de instrumentos ágiles que en el campo de la contratación administrativa permitan solventar las diferencias que surjan entre las partes. La situación económica general, las dificultades financieras tanto de las Administraciones públicas como de las empresas contratistas, la creciente complejidad técnica de muchas de las actuaciones sujetas a contrato, etc., todo ello hace que la conflictividad en materia de contratación administrativa sea cada vez mayor y los mecanismos jurisdiccionales no resulten, como en

mecanismos como la transacción, la mediación o la conciliación pueden resultar de gran utilidad en aquellos casos en que un arreglo entre las partes previene el nacimiento de diferencias irreconciliables, como puede ocurrir, por ejemplo, cuando se negocia el contenido de una concreta modificación en un contrato de obra con el fin de evitar que el contratista lo resuelva en virtud de los artículos 101, 146 y 149.e) LCAP, o cuando concedente y concesionario acuerdan resolver un contrato de concesión de obra pública de acuerdo a lo previsto en los artículos 264.d) y 266.6 LCAP.

Lo primero que debe decirse es que los artículos 3.1.j) y 206.11 LCAP excluyen los servicios de arbitraje y conciliación del ámbito de aplicación de la LCAP y, en particular, del régimen de los contratos de consultoría y asistencia, (en cambio, los servicios jurídicos de quien representa o asesora a la Administración en estos procedimientos sí están recogidos en el número 21 del art. 206). El recurso por la Administración y por quien con ella contrata a los servicios profesionales de un tercero que ayude a dirimir sus diferencias no debe ser objeto de contratación administrativa. En consecuencia no resultan de aplicación los procedimientos de contratación regulados en la LCAP ni las prerrogativas que ésta atribuye a la Administración. De ningún modo, los preceptos anteriores se estarían refiriendo a la institución arbitral en sí misma, pues la sumisión a arbitraje mediante convenio entre las partes, la elección del árbitro y la determinación del procedimiento que concluya en el laudo arbitral quedan diferidos a la voluntad concorde de las partes, pues la autorización administrativa opera

---

tantos otros ámbitos, los más adecuados». *La nueva Ley y la contratación en la Administración Local*. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. págs. 900 y 901. También, MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, opinan que la contratación pública parece un ámbito especialmente significado para el establecimiento de organismos administrativos especializados en la resolución de recursos en materia de contratos públicos, (se refieren por tanto al desarrollo de la posibilidad prevista en el 107.2 LRJ-PAC, a la que a nuestro juicio no hace referencia el art. 60.2 LCAP). «En efecto, es un hecho generalizado en todos los países miembros de la Comunidad la reticencia a recurrir judicialmente contra los poderes adjudicadores por parte de los aspirantes a la adjudicación de contratos públicos que resulten perjudicados en un concreto procedimiento. Este tipo de posturas se justifican por los interesados alegando el temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro». *Nuevo régimen de contratación administrativa (adaptada al nuevo Reglamento de Contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*. 3ª Edición. La Ley. Madrid, 2003. Págs. 288 y 289. Sobre los precedentes históricos del arbitraje en la contratación administrativa véase Escribano Testaut, Pedro y Benavente Cózar, M<sup>a</sup> Inmaculada; *Artículo 3º.1.J. El arbitraje y la contratación administrativa*. Op. cit. págs. 196 a 202. Obsérvese lo dispuesto en el epígrafe C).c) del Capítulo II de la Segunda Parte de este trabajo.

simplemente, en principio, como requisito previo para su viabilidad<sup>321</sup>.

Sí se refiere expresamente al sometimiento a arbitraje de los conflictos que puedan derivarse de los contratos administrativos el art. 60.2 LCAP<sup>322</sup>: “El sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones públicas”. De su lectura podemos apreciar claramente, que este precepto no aporta nada nuevo a lo previsto en las normas generales ya comentadas, aunque constituye eso sí una manifestación -vacía de contenido- de la intención del legislador por promover el uso de esta figura<sup>323</sup>. Además, ninguna referencia hace la Ley a los mecanismos autocompositivos de solución de conflictos, que tan útiles pueden resultar en este campo<sup>324</sup>. Como indica DÍAZ

---

<sup>321</sup> En este sentido se manifiestan Escribano Testaut, Pedro y Benavente Cózar, M<sup>a</sup> Inmaculada; *Artículo 3º.1.J. El arbitraje y la contratación administrativa*. Op. cit. pág. 202. Para CORTADA ESTEVE considerar aplicables a los convenios arbitrales las prerrogativas que ostenta la Administración «podría atentar contra la esencia de la institución arbitral que impide la supremacía o posición privilegiada de una de las partes». *El arbitraje: un medio alternativo en la Justicia Administrativa*. Op. cit. pág. 247.

<sup>322</sup> El DCE n° 214, de 21 de mayo de 1992, puso de manifiesto la necesidad de generalizar la técnica del arbitraje, limitada hasta entonces a los contratos celebrados en el extranjero, a toda la contratación administrativa, proponiendo que, como mínimo, se llevase a la parte general de la Ley el contenido del art. 54 del Reglamento de Contratos del Estado, lo que finalmente se hizo aunque sin trasladar también la posibilidad prevista reglamentariamente de realizar transacciones. Posteriormente, el Consejo de Estado (DCE 4.464, de 22 de diciembre de 1998) ha opinado que resultaría conveniente potenciar la figura del arbitraje en el ámbito de la contratación administrativa, pues se trata de un mecanismo técnico e independiente para solucionar en breve plazo los conflictos existentes entre todos los que en él intervienen en. No obstante, se trata de una cuestión que, en todo caso, requiere una importante reflexión y en la que necesariamente deberán tenerse en consideración aquellos criterios que garanticen la adecuada tutela del interés público.

<sup>323</sup> Ni siquiera se desarrolla la previsión contenida en el art. 107.2 LRJ-PAC para permitir que los acuerdos o resoluciones adoptados por la Administración puedan ser objeto de recurso, en su caso potestativo, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. Esta es, precisamente, la opción que han defendido Moreno Molina, José Antonio y Pleite Guadamillas, Francisco; *Nuevo régimen de contratación administrativa*. Op. cit. págs. 288 y 289. Véase también ARIÑO ORTIZ, Gaspar; *La Reforma de la Ley de Contratos del Estado*. Unión Editorial. Madrid, 1984. Págs. 167 a 170. El art. 60.2 LCAP, en la medida en que se remite a la Ley General Presupuestaria o normas equivalentes de otras Administraciones Públicas se está refiriendo al arbitraje como equivalente jurisdiccional de solución de conflictos y no como mecanismo sustitutivo de la vía de recurso administrativo.

<sup>324</sup> Nótese como el art. 4 LCAP permite a la Administración “concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”. Sin perjuicio de las prerrogativas de las que dispone, “deberá cumplirlos a tenor de los mismos”. Ahora bien, este artículo se refiere, no a la utilización de mecanismos negociados para poner fin a diferencias entre Administración y contratista, sino a la libertad que tiene la Administración para concertar tipos contractuales atípicos o configurar los pliegos de condiciones de los contratos. Por tanto, se refiere a la actividad contractual *stricto sensu* de la Administración y por ello no puede renunciar a las prerrogativas que la Ley le otorga. Destaca, sin embargo,

DELGADO<sup>325</sup>, este artículo «es absolutamente inútil pues nada añade ni a la posibilidad de realizar arbitraje por la Administración, ni a las normas a que se refiere». Como ya hemos visto, la Ley General Presupuestaria, que exige Real Decreto del Consejo de Ministros previo Dictamen del Consejo de Estado, dificulta en buena medida la aplicación del arbitraje, especialmente en asuntos de escasa entidad o que requieren de una solución rápida. Ninguna norma de desarrollo específica ha facilitado su puesta en práctica en el ámbito de la contratación administrativa. Las mismas dificultades tienen las restantes Administraciones, que quedan sujetas a los requisitos establecidos en las normas que les resultan de aplicación y que no difieren mucho de lo previsto para el Estado<sup>326</sup>. Ello es debido a que, en base a la Disposición Final 1ª LCAP, el artículo 60.2 tiene carácter básico.

También el art. 117, relativo a los contratos que las Administraciones Públicas celebren y ejecuten en el extranjero, permite de forma confusa en su párrafo tercero la utilización del arbitraje cuando los contratistas sean empresas extranjeras<sup>327</sup>. En este caso, siempre que las circunstancias lo aconsejen, se procurará “la incorporación de

---

el deber de cumplimiento que tiene la Administración en relación con los pactos que celebre. Sobre este artículo véase García de Enterría, Eduardo; *Ámbito de aplicación de la Ley*. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. págs. 118 a 120.

<sup>325</sup> Artículo 60. Recursos y arbitraje. En García Macho, Ricardo (Dir.); *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. Pág. 311. También, el Prof. TORNOS ha expresado que «de forma a mi juicio un tanto asistemática, en el capítulo dedicado a las prerrogativas de la Administración, se contiene una referencia genérica y vaga al arbitraje ... Sinceramente, escaso contenido normativo para un tema de interés, pues nada aporta el artículo 61.2 ... De nuevo el recurso al arbitraje o a la transacción aparece con mas fuerza en los contratos con empresas extranjeras, como ya ocurrió con anterioridad en virtud de lo dispuesto en el Decreto 3637/1965 y en el artículo 239.d) del Reglamento de contratación». *Actuaciones relativas a la contratación*. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. págs. 286 a 287.

<sup>326</sup> Así, el art. 24.2 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, reguladora de los Contratos de las Administraciones Públicas en Navarra, dispone: “el sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley Foral de la Hacienda Pública o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas”.

<sup>327</sup> En este caso, los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, suponen la única excepción a la exigencia de los requisitos establecidos por la Ley General Presupuestaria para la inclusión de cláusulas de arbitraje en los contratos administrativos. Así lo consideró la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 104/81, de 28 de enero de 1982, citado por CORTADA ESTEVE en *El arbitraje: un medio alternativo en la Justicia Administrativa*. Op. cit. pág. 242. En todo caso, véase el DCE nº 1.338, de 21 de julio de 1994, sobre la introducción de una cláusula de arbitraje en un contrato de compraventa de aviones militares a otro Estado.

cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante cláusulas sencillas de arbitraje”. Resulta criticable el empleo de términos confusos (¿qué son cláusulas sencillas?, ¿cuáles son las circunstancias que pueden hacer aconsejable o desaconsejable su introducción?), lo que obligará a interpretar el precepto en función de las características del caso concreto. Más criticable, sin embargo, es la prohibición del arbitraje cuando las empresas contratistas sean nacionales, puesto que el párrafo segundo del mismo artículo obliga a incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles y nada se dice de estas empresas en el párrafo tercero<sup>328</sup>. Ello demuestra, una vez más, la poca intención del legislador de permitir la entrada de nuevas fórmulas de composición de intereses enfrentados, lo que implica una cierta contradicción con el art. 60.2 LCAP ya criticado. Por último, el art. 117.3 permite también transigir en los contratos con empresas extranjeras -no con empresas españolas-, pero para ello deberá contarse con la autorización del Consejo de Ministros. Al no señalarse este requisito en el establecimiento de cláusulas de arbitraje en los contratos con empresas extranjeras, parece que no resultaría exigible<sup>329</sup>.

El artículo 146.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, introducía una comisión de arbitraje que, mediante un procedimiento sumario, dirimía las diferencias surgidas entre Administración y contratista en torno a los precios a aplicar cuando se producía la modificación de un contrato de obra por la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características diferían sustancialmente de ellas. Dicha comisión, no sólo no se ha desarrollado reglamentariamente, sino que ha desaparecido<sup>330</sup> de la actual redacción

---

<sup>328</sup> El DCE nº 214, de 21 de mayo de 1992, criticó que la posibilidad de utilización del arbitraje no se hiciera extensiva a la contratación en el extranjero con empresas nacionales.

<sup>329</sup> Así se entiende en Jiménez Aparicio, Emilio (Coord.); *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. págs. 561 y 562. En este sentido cita el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 104/1981, de 28 de enero de 1982.

<sup>330</sup> La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, dio nueva redacción al artículo 146.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, suprimiendo la referencia a la comisión de arbitraje. Algunos trabajos posteriores a la LCAP siguen refiriéndose a esta comisión arbitral entendiéndola su existencia. Díaz Delgado, José; *Artículo 60. Recursos y arbitraje*. En García Macho, Ricardo (Dir.); *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 311.



de los arts. 146.2 LCAP y 158 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La actual normativa permite a la Administración fijar unilateralmente el precio, vista la propuesta del director facultativo y previa audiencia al contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Ello puede dar lugar a que el contratista no acepte el precio finalmente fijado, por lo que el órgano de contratación podrá ejecutarlas directamente o contratarlas con otro empresario. Ahora bien, aunque se ha suprimido la remisión al arbitraje, nos encontramos en una materia susceptible de negociación entre las partes afectadas, por lo que la Administración podrá atender las observaciones presentadas por el contratista.

Un régimen particular de contratación pública es el previsto por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, incorporando al ordenamiento jurídico español las previsiones de las Directivas del Consejo núms. 1992/13/CEE, de 25 de febrero, y 1993/38/CEE, de 14 de junio<sup>331</sup>. Sus artículos 68 a 71 permiten a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en ser adjudicatario de un contrato de los comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley solicitar la incoación de un procedimiento de conciliación cuando, en el marco de la adjudicación del contrato,

---

Jiménez Aparicio, Emilio (Coord.); *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. Op. cit. pág. 560. En este último trabajo se considera que la citada comisión no constituía un verdadero arbitraje, sino más bien un órgano administrativo colegiado. Ciertamente no cabe hablar de arbitraje en sentido estricto, pues es la propia Administración y no una tercera parte independiente y especializada la que resuelve la disputa. Además, su resolución podrá ser susceptible de recurso jurisdiccional, en los mismos términos que las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa, -arts. 107.2 y 109.b) LRJ-PAC-. Sólo esta interpretación permitiría mantener la vigencia del art. 122.1 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, reguladora de los Contratos de las Administraciones Públicas en Navarra, que ha seguido manteniendo la comisión de arbitraje, haciéndola depender de la Junta de Contratación Administrativa. Una opinión diferente dificultaría la existencia de dicha comisión, pues no hay que olvidar que el art. 146.2 LCAP tiene carácter básico, salvo en su referencia al director facultativo de la obra. La Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Contratación Pública estima conveniente que los precios contradictorios se vuelvan a determinar en última instancia mediante un procedimiento arbitral que se resuelva en plazos breves. *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública*. Ministerio de Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2004. Págs. 117 y 158.

<sup>331</sup> BUSTILLO BOLADO no considera conveniente encajar esta figura en el régimen previsto en el art. 107.2 LRJ-PAC, en tanto este procedimiento de conciliación no es sustitutivo del recurso de alzada o del de reposición. Más bien es un mecanismo optativo respecto de un procedimiento específico de reclamación cuyo origen se halla en la normativa comunitaria. *Convenios y contratos administrativos ...* Op. cit. pág. 294.

estime que ha sido perjudicado o que puede serlo como consecuencia del incumplimiento del derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que incorporan dicho derecho. La solicitud para iniciar este procedimiento, que se tramitará conforme a lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Directiva 1992/13/CEE, habrá de dirigirse por escrito a la Comisión Europea o al Ministerio de Economía y Hacienda (Junta Consultiva de Contratación Administrativa), que deberá transmitirla lo antes posible a la Comisión. Para el inicio del procedimiento la Comisión requerirá el acuerdo de las partes y posteriormente propondrá a éstas, con la mayor celeridad, un conciliador que figurará en una lista de personas independientes y acreditadas que debe ser elaborada por la Comisión. El conciliador deberá ser aceptado por las partes, quienes deberán nombrar un conciliador suplementario y podrán recusar los expertos invitados por los conciliadores. La entidad contratante, la persona que haya invocado la aplicación del procedimiento y cualquier otro candidato o licitador podrán presentar una exposición oral o escrita de los hechos, tras lo cual los conciliadores procurarán alcanzar un acuerdo conforme al Derecho Comunitario y en el más breve plazo posible, dando cuenta de los resultados a la Comisión. Las partes podrán poner fin al procedimiento en cualquier momento y correrán a partes iguales con los costes del procedimiento, salvo que hubiesen decidido otra cosa. Durante el desarrollo del procedimiento los conciliadores deberán ser informados de cualquier otra reclamación<sup>332</sup> presentada en relación con la adjudicación del contrato e invitarán al reclamante a participar en el procedimiento de conciliación.

### **C) FUNCIÓN PÚBLICA.**

Una parte importante de las personas que prestan sus servicios a las Administraciones Públicas son contratados en régimen laboral, por lo que la

---

<sup>332</sup> Los artículos 53 y siguientes de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, contienen la regulación del procedimiento previsto para tramitar las reclamaciones presentadas por infracciones de lo dispuesto en la Ley. Éste puede instarse en el plazo de quince días hábiles y su resolución, que debe dictarse en el plazo de dos meses, agota la vía administrativa.

Administración suele ser parte en procedimientos de negociación colectiva, conciliación previa o transacciones sometidas al Derecho del Trabajo. Sin embargo, la progresiva laboralización del régimen de la función pública también ha dado lugar a la introducción de sistemas de negociación y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los Funcionarios Públicos<sup>333</sup>, especialmente tras la ratificación por España el 22 de junio de 1984 del Tratado de la Organización Internacional del Trabajo, n° 151, de 27 de junio de 1978, cuyo artículo 7 obliga a los gobiernos nacionales a adoptar medidas para estimular y fomentar el pleno desarrollo de estos procedimientos.

Para la solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo, el artículo 8 de este Tratado promueve el uso de la negociación o de “procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”. Como desarrollo de las previsiones de este Tratado, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, regula la negociación colectiva de los funcionarios públicos de determinadas materias (las recogidas en el artículo 32), excluyendo de las mismas a las que afecten a potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos (art. 34.1). Su artículo 38, de carácter básico, establece que, cuando no resulte posible llegar a un acuerdo en la negociación o surjan diferencias en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos, las Administraciones Públicas y los Sindicatos representados en las Mesas de negociación podrán voluntariamente nombrar de mutuo acuerdo un mediador o varios mediadores. Las propuestas para el nombramiento del mediador y la oposición posible de las partes deberán hacerse públicas de inmediato. Designado el mediador o los mediadores, las negociaciones se practicarán de acuerdo con el procedimiento que

---

<sup>333</sup> Una visión más amplia puede encontrarse en del Rey Guanter, Salvador; *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1991.

reglamentariamente se determine. Esta remisión, todavía no desarrollada, es probablemente superflua dado el carácter flexible e informal que requieren estos procedimientos para ser eficaces<sup>334</sup>.

Como bien apunta el Prof. SÁNCHEZ MORÓN<sup>335</sup>, al estar ante un procedimiento informal que no implica delegar responsabilidades administrativas en un tercero, se puede también recurrir a la mediación para la resolución de otras controversias distintas a las derivadas de la negociación colectiva pero que son habituales en el empleo público. Especialmente en casos de huelga, cuya convocatoria es síntoma de un grave enfrentamiento entre las partes, la mediación puede ser útil para acercar posiciones y proponer posibles soluciones al conflicto, como ya se ha demostrado en el sector público durante los últimos años, por ejemplo con los médicos de la Seguridad Social o con los conductores de autobuses urbanos, éstos últimos sometidos a un régimen laboral.

Asimismo, el Capítulo XV del Título IV del Acuerdo Administración del Estado-Sindicatos de 16 de noviembre de 1991<sup>336</sup>, para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo, afirma lo siguiente:

## CAPÍTULO XV. PROCEDIMIENTOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

1. Los conflictos en materia de interpretación y aplicación de los acuerdos o pactos se dilucidarán a través de una Comisión Paritaria de Seguimiento que se constituirá en cada ámbito de negociación; las partes

---

<sup>334</sup> Así lo entiende también Miguel SÁNCHEZ MORÓN en *Derecho de la Función Pública*. Op. cit. pág. 325.

<sup>335</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; *Derecho de la Función Pública*. Op. cit. págs. 324 y 325.

<sup>336</sup> Publicado por Resolución de 3 de enero de 1992 (BOE nº 18, de 21 de enero). La vigencia del citado Título fue ratificada por el Acuerdo Administración-Sindicatos de 15 de septiembre de 1994 (BOE nº 225, de 20 de septiembre). Por Resolución de 15 de noviembre de 2002 se publica el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, sobre modernización y mejora de las Administraciones Públicas (BOE nº 276, de 18 de noviembre), sin que se introduzca novedad alguna.

someterán sus discrepancias a la citada Comisión, con carácter previo a cualquier otra instancia, incluso administrativa o judicial. La citada Comisión deberá pronunciarse sobre los asuntos que se le sometan de forma que, en su caso puedan ejercitarse en plazo los recursos legales correspondientes.

2. Los conflictos derivados de la negociación colectiva tendrán un primer tratamiento preventivo, por el cual los Sindicatos se comprometen a comunicar las diferencias surgidas al órgano correspondiente para que trate de eliminarlos a la mayor brevedad posible.

3. Las partes, de común acuerdo, podrán nombrar un mediador para resolver las controversias surgidas en el desarrollo de un proceso negociador o en el cumplimiento de los acuerdos o pactos.

El nombramiento del mediador y el sometimiento al mismo de una determinada controversia requerirá la unanimidad de las partes.

Una vez finalizado el proceso sin alcanzarse acuerdo entre las partes, éstos actuarán según sus intereses y con arreglo a la normativa vigente.

En relación con la interpretación y aplicación de los acuerdos o pactos, la Administración y los Sindicatos crean una Comisión Paritaria de Seguimiento, a la que, con carácter previo a la vía administrativa o judicial, las partes someten sus discrepancias para que ésta resuelva de forma no vinculante en un plazo breve, (pues las partes deben poder estar en disposición de ejercitar los recursos legales que correspondan). Por otra parte, en relación con la negociación colectiva, y tras comunicación efectuada por los sindicatos al órgano correspondiente, las partes pueden someter unánimemente las controversias surgidas en el cumplimiento de los acuerdos o pactos a un procedimiento de mediación tal y como preveía el artículo 38 LORDP. Parece que existe una doble vía en caso de cumplimiento o aplicación de los Acuerdos: someter el asunto a la opinión de la Comisión Paritaria de Seguimiento a través de una especie de arbitraje no

vinculante previo a cualquier instancia administrativa o judicial<sup>337</sup> o someterlo a un mediador.

En lo que se refiere al arbitraje, los artículos 28 y 29 LORDP -tras su nueva redacción efectuada por la Ley 18/1994, de 30 de junio- establecen un procedimiento arbitral para resolver las impugnaciones en materia de elecciones a delegados y juntas de personal, que es similar al contenido en el artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores y que interrumpe los plazos de prescripción del ejercicio de acciones judiciales. Dicho procedimiento -desarrollado por los artículos 23 a 37 del Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre- es obligatorio<sup>338</sup> y previo a la vía judicial, salvo si se producen reclamaciones contra denegaciones de inscripción de actas electorales en el registro donde podrá optarse entre el arbitraje -entonces voluntario- o la tutela directa ante la Jurisdicción Social. Todos los que tengan un interés legítimo podrán impugnar la elección o las decisiones y actuaciones reclamadas de las Mesas. Salvo acuerdo de las partes, los árbitros serán designados, con arreglo a los principios de neutralidad y profesionalidad, entre Licenciados en Derecho, Graduados Sociales o personas con titulación equivalente, y siempre por acuerdo unánime de los sindicatos más representativos a nivel estatal o autonómico, o, a falta de dicho acuerdo, según lo dispuesto en la legislación laboral. La duración de sus funciones será de cinco años, existiendo la posibilidad de renovación, y podrán utilizar los medios personales y materiales de la Administración para desempeñar su actividad. Se nombrará un mínimo de dos árbitros en cada provincia, que habrán de abstenerse o podrán ser recusados en los supuestos previstos por el párrafo 4 del artículo 28, con el fin de garantizar la neutralidad en su actuación. El procedimiento se iniciará mediante escrito dirigido a la oficina pública provincial correspondiente en el plazo de tres días hábiles, contados

---

<sup>337</sup> Véase el artículo 8 del Convenio Colectivo de Universidades Públicas de Madrid (Personal Docente e Investigador), publicado por Resolución de 11 de julio de 2003 de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Trabajo de la Comunidad de Madrid.

<sup>338</sup> Al faltar la nota de voluntariedad típica del arbitraje, puede pensarse que estamos ante un recurso ante un órgano especializado e independiente, cuya resolución es recurrible en vía judicial. Sobre el carácter no arbitral de este procedimiento véase Trayter Jiménez, Juan Manuel; *El arbitraje de Derecho Administrativo*. Op. cit. pág. 80.

desde el día siguiente a aquél en que se hubieran producido los hechos o resuelto la reclamación por la Mesa. Dicho escrito deberá contener como mínimo: la identificación de la oficina pública competente; el nombre, apellidos y documento nacional de identidad del reclamante, así como la acreditación de su representación si actúa en nombre de una persona jurídica; su domicilio a efectos de notificaciones; la identificación de las otras partes afectadas; los motivos de la reclamación; lugar, fecha y firma; etc. Trasladado el escrito a las partes y, junto con el expediente, al árbitro, éste en el plazo de veinticuatro horas habrá de convocar a las partes para que comparezcan ante él en los tres días hábiles siguientes. Tras haber oído a las partes y practicado las pruebas procedentes, el árbitro dictará laudo escrito y razonado dentro de los tres días hábiles siguientes a la comparecencia de los interesados, resolviendo en derecho sobre la impugnación electoral y, en su caso, sobre el registro de las actas. Posteriormente deberá notificarlo a las partes y a la oficina pública provincial competente.

Frente al laudo podrá interponerse recurso ante el Orden Jurisdiccional Social mediante el procedimiento establecido en los artículos 127 a 132 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En virtud de estos artículos, todos los que tengan un interés legítimo podrán impugnar el laudo en el plazo de tres días desde que lo conocieron y por motivos tasados (indebida apreciación o falta de apreciación de las causas que motivaron la reclamación, promover el arbitraje fuera de plazo, indefensión de las partes, etc., - aunque la Ley olvida incluir aquí los relacionados con la imparcialidad del árbitro-). El proceso se tramitará con urgencia, ya que el acto del juicio habrá de celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda y la sentencia, contra la que no cabe recurso, habrá de dictarse en el plazo de tres días.

Estamos, pues, ante un sistema que destaca por su celeridad y eficacia. El laudo arbitral, con el que se intenta arreglar ágilmente el conflicto, puede ser objeto de una impugnación judicial limitada y por motivos tasados. La solución es eficaz por el breve

plazo de tiempo en que se resuelve el problema.

Por otra parte, es necesario aludir a la posible intervención del Defensor del Pueblo (y de los Comisionados Parlamentarios autonómicos) en asuntos relativos a la función pública (régimen disciplinario, traslados, etc.). Recibida una queja por el Defensor del Pueblo, éste puede, una vez realizada la oportuna investigación, formular advertencias, sugerencias, recomendaciones o recordatorios de sus deberes legales a las autoridades competentes, con el fin de intentar solucionar el problema y mejorar el funcionamiento de los servicios públicos. Este mecanismo evita en muchas ocasiones la vía judicial. Pero también es frecuente la mediación de los defensores autonómicos en conflictos de todo tipo que enfrentan a la Administración y a los empleados públicos. Del mismo modo, existen experiencias a nivel de Administración Local, como por ejemplo la del Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación en la Administración Local (CEMICAL)<sup>339</sup> impulsada por la Diputación Provincial de Barcelona para ofrecer vías de mediación y conciliación en este tipo de conflictos.

Finalmente, el artículo 66 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, crea unas Comisiones de Reclamaciones que deberán resolver las impugnaciones presentadas en materia de contratación de profesorado universitario. La Comisión está formada por siete Catedráticos de Universidad, de diversas áreas de conocimiento, con amplia experiencia investigadora. Pese a la existencia de una cierta dependencia de la Universidad, por parte de los miembros de la Comisión, su especialización puede contribuir a mejorar la solución administrativa final.

---

<sup>339</sup> Véanse Mauri Majós, Joan; *El CEMICAL un medio de solución de conflictos para la Administración Pública Local*. Gestión y Análisis de Políticas Públicas, nº 2. 1995. Págs. 85 a 92. Mauri Majós, Joan y Palacio Buissan, María José; *Objetivos, estructura y funcionamiento del CEMICAL (Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación en la Administración Local)*. Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones, nº 12. 1996. Págs. 283 a 298.



#### **D) OTRAS MATERIAS.**

Junto a otros muchos ejemplos que han podido ser objeto de comentario a lo largo de todo este trabajo, podemos, en fin, enumerar algunas experiencias prácticas o referencias legales que pueden ser de interés:

- Los usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico de una misma toma o concesión deberán constituirse en comunidades de usuarios, que se denominarán comunidades de regantes cuando el destino dado a las aguas fuese principalmente el riego. Estas comunidades, que tienen el carácter de corporaciones de derecho público, gozan de autonomía organizativa y normativa, ya que pueden aprobar sus Estatutos y Ordenanzas de funcionamiento, que regulan, entre otros aspectos, la participación y representación obligatoria de cada titular, y su contribución a satisfacer en equitativa proporción los gastos comunes de explotación, conservación, reparación y mejora, así como los cánones y tarifas que correspondan. Toda comunidad de usuarios tendrá una junta o asamblea general, una junta de gobierno y uno o varios jurados. Precisamente, estos jurados de riego dirimen las cuestiones que se susciten entre los usuarios de la comunidad y se ocupan, también, de imponer a los infractores de los Estatutos y Ordenanzas las sanciones previstas reglamentariamente, fijando en su caso las indemnizaciones correspondientes. El procedimiento a seguir será público y verbal, en la forma que determinen las normas anteriores y la costumbre del lugar, garantizando en todo caso los derechos de audiencia y defensa de los afectados. Sus fallos serán ejecutivos y recurribles ante el orden contencioso-administrativo, previo recurso potestativo de reposición en su caso. Todos los jurados de riego, entre los que destacan el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana<sup>340</sup> o el Consejo de Hombres Buenos de Murcia se rigen, pues, por reglas tradicionales, (arts. 19 LOPJ, 82.2, 84.6 y 85 del Real

---

<sup>340</sup> Fairén Guillén, Víctor; *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso: (oralidad, concentración, rapidez y economía)*. 2ª Edición. Caja de Ahorros. Valencia, 1988. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y las sanciones previstas por la Ley de Aguas de 1985 y su reglamento: inaplicabilidad de sus normas*. REDA, nº 57. 1988. Págs. 29 a 41. Por Decreto de 5 de abril de 1932 (Gaceta núm. 97, de 6 de abril) se confirmaron los privilegios y autonomía de jurisdicción de este Tribunal.

Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, y 223 a 227 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico). Nos encontramos, por tanto, ante tribunales consuetudinarios y tradicionales, que no forman parte del Poder Judicial sino que son órganos especializados de una corporación de derecho público cuyas resoluciones son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Su carácter especializado permite una solución rápida y ágil, que no suele ser objeto de recurso.

- Por su específica titularidad, que determina la no asignación de cuotas, el régimen de administración y explotación de los montes vecinales en mano común exige la constitución de una Comunidad entre los vecinos. Su funcionamiento viene establecido por los propios Estatutos y las divergencias que puedan surgir sobre su clasificación y régimen son resueltas por un órgano específico de resolución de conflictos, el denominado Jurado de Montes Vecinales. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 9 y 10.8 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común).

- Aunque en muchos casos estamos ante conflictos de naturaleza privada, viene siendo habitual, conforme a los artículos 87 y 88 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje para resolver las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva que surjan entre deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas. También, el art. 48 de la citada Ley ha configurado al Comité Olímpico Español como una asociación privada declarada de utilidad pública. De él depende el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo, que es un órgano de resolución por medio de arbitraje de las cuestiones litigiosas que se susciten en materia deportiva. Está compuesto por una lista de cien árbitros designados entre juristas, médicos y otros profesionales de reconocido prestigio

que están vinculados al deporte. Además, este Tribunal puede actuar como órgano de mediación y conciliación, ya que la corte arbitral puede intentar, en cualquier momento, resolver el litigio por las citadas vías, con el abaratamiento de costes que esto supone. Finalmente, el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo es también un órgano consultivo, ya que las Asociaciones Deportivas o cualquier otra entidad deportiva, pueden solicitar un dictamen del Tribunal sobre cualquier cuestión jurídica relativa a la práctica o desarrollo del deporte o a cualquier actividad relacionada con esta materia. A este Tribunal pueden someterse todas las cuestiones relativas a la práctica o desarrollo del deporte, a los intereses económicos u otros que surjan en dicha práctica (patrocinio y publicidad, proveedores, instalaciones, etc.), o a cualquier actividad concerniente a la educación física y al deporte (incluyendo los aspectos del dopaje que estén sometidos a la libre disposición de las partes). Se excluyen aquí, lógicamente, las funciones públicas encomendadas legalmente a la Administración Deportiva. En caso de controversia, cualquiera de las partes o terceros interesados pueden instar, mediante un convenio arbitral por escrito (al que se asimila el intercambio de cartas entre las partes en el que quede constancia inequívoca de su voluntad al respecto) o una cláusula incorporada a un contrato principal, la intervención del Tribunal, que ha de emitir el laudo en un plazo inferior a seis meses<sup>341</sup>.

- Por último, aunque el objeto de este trabajo está constituido principalmente por el estudio de sistemas distintos al proceso judicial que permitan solucionar los problemas jurídicos que enfrentan a los particulares con la Administración, también deben señalarse mecanismos alternativos previstos para el arreglo de controversias entre varias Administraciones Públicas, que también pueden surgir, pese a la existencia de numerosos cauces de comunicación -oficiales y no oficiales-. Entre los más importantes podemos señalar los siguientes:

---

<sup>341</sup> Véase la web [www.coe.es](http://www.coe.es). Sobre las vías extrajudiciales de resolución de conflictos deportivos véanse, entre otros muchos, Bermejo Vera, José; *El conflicto deportivo y la jurisdicción*. DA, nº 220. 1989. Págs. 179 a 205. Crespo Pérez, Juan de Dios; *La resolución de conflictos mediante el arbitraje en el deporte*. Revista General de Derecho, nº 654. 1999. Págs. 1771 a 1783.

- La Comisión Arbitral, prevista en el artículo 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (que actualiza, de acuerdo con la Disp. Adic. 1ª C.E., el régimen de los territorios forales), tiene como objetivo la solución de conflictos de competencia entre instituciones comunes del País Vasco y los de cada Territorio Histórico de dicha Comunidad Autónoma. El citado artículo 39 fue desarrollado por la Ley del Parlamento Vasco 13/1994, de 30 de junio, reguladora de la Comisión Arbitral. Su composición es paritaria (3 vocales autonómicos y 3 vocales forales) y está presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Se trata, como ha dicho LEGUINA<sup>342</sup>, de un órgano estatutario y no de un órgano administrativo, cuya función es preservar el equilibrio institucional entre “autonomía” y “foralidad”, resolviendo definitivamente los conflictos de competencia que se planteen entre las instituciones autonómicas vascas y las de cada uno de sus territorios históricos. Aunque no forma parte del Poder Judicial ejerce funciones jurisdiccionales, dado que sus decisiones declaran el Derecho con carácter definitivo en lo que atañe exclusivamente a la titularidad de la competencia controvertida (art. 68 de la citada Ley 13/1994). Por ello, no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de sus decisiones o resoluciones, como recuerda expresamente la Disp. Adic. 1ª.2 LJCA.

- El artículo 6 LRJ-PAC permite a la Administración General del Estado y a los organismos públicos dependientes de la misma celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias<sup>343</sup>. Para facilitar la resolución de los

---

<sup>342</sup> Leguina Villa, Jesús; *El ámbito de la jurisdicción*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Op. cit. págs. 42 y 43. *La Ley 13/1994, de 30 de junio, reguladora de la Comisión Arbitral y el art. 39 del Estatuto Vasco*. RVAP, nº 41. 1995. Págs. 251 a 260. Sobre esta cuestión pueden verse, entre otros, Lamarca Iturbe, Íñigo; *La Comisión Arbitral del País Vasco*. RVAP, nº 42. 1995. Págs. 429 a 446. García Ureta, Agustín; *La Comisión Arbitral del País Vasco: régimen jurídico y resoluciones (1999-2002)*. IVAP. Oñati, 2003.

<sup>343</sup> Dichos convenios obligan a las Administraciones intervinientes desde su firma y constituyen una manifestación más de su deber de colaboración y auxilio mutuo, (arts. 3.2 y 4.4 LRJ-PAC). En el ámbito tributario véase el art. 5 LGT. En general puede verse Rodríguez de Santiago, José María; *Los convenios entre administraciones públicas*. Marcial Pons. Madrid, 1998.

problemas de interpretación o cumplimiento de los citados convenios, el párrafo tercero de este artículo permite crear órganos de composición mixta encargados de la vigilancia y control del cumplimiento del convenio. Por ello, solamente después de la intervención de estos órganos mixtos de carácter pre-judicial, el artículo 8.3 LRJ-PAC atribuye al Orden Contencioso-Administrativo y, en su caso, al Tribunal Constitucional, las cuestiones litigiosas que estos convenios hayan podido originar. Concretamente, el artículo 18 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, admite expresamente el recurso a instrumentos de solución de conflictos extraprocesales cuando se trate de resolver las cuestiones surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de los convenios de colaboración suscritos en materia de asistencia del Servicio Jurídico del Estado a otras Administraciones, organismos o entidades públicos.

- También, el art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pretende evitar el conflicto cuando amplía, para el Presidente del Gobierno y los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas, el plazo de interposición de los recursos de inconstitucionalidad, en los casos en que la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma se reúna persiguiendo un acuerdo.

- El art. 3.1.c) LCAP permite a la Administración General del Estado celebrar convenios de colaboración con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas. Como es lógico, todos ellos quedan excluidos del régimen jurídico establecido para los contratos de las Administraciones Públicas. Asimismo, las entidades locales pueden celebrar acuerdos o convenios de cooperación con las Administraciones estatal o autonómica, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común (art. 57 LBRL).

- Cuando los bienes de dominio público marítimo-terrestre adscritos a una Comunidad Autónoma no sean utilizados para el cumplimiento de los fines a los

que se adscribieran (lo que habrá que justificarse en cada caso), revertirán al Estado, previa audiencia de la Comunidad Autónoma, y se les dará el destino que en cada caso resulte procedente (art. 50 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas). El art. 107.2 del Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, contempla, en caso de discrepancias, la necesidad del común acuerdo para resolverlas.

- Las Administraciones Públicas han de ajustar sus relaciones en materia patrimonial al principio de libertad institucional, observando las obligaciones de información mutua, cooperación, asistencia y respeto a las respectivas competencias, y ponderando en su ejercicio la totalidad de los intereses públicos implicados (art. 183 LPAP). Para facilitar estas relaciones, los artículos 186 a 187 LPAP contemplan la posibilidad de que la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma puedan celebrar convenios con otras Administraciones o con personas jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado pertenecientes al sector público. Estos convenios podrán contener cuantas estipulaciones se estimen necesarias o convenientes para la ordenación de las relaciones patrimoniales y urbanísticas entre las partes intervinientes, siempre que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. Por tanto, pueden también remitir la resolución de los problemas que plantee su interpretación o ejecución a procedimientos pre-judiciales de solución de conflictos ante órganos especializados. Cuando no recojan compromisos generales de actuación futura, sino que conlleven operaciones concretas de carácter ejecutivo y obligatorio, deberán realizarse previo informe de la Abogacía del Estado y de acuerdo a lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley General Presupuestaria. Con carácter general, la competencia para celebrar estos convenios en el ámbito de la Administración estatal corresponde al Ministro de Hacienda, que ha de contar con la autorización del Consejo de Ministros en

los casos en que la misma sea necesaria (por ejemplo en los previstos en el art. 7.3 LGP). Los titulares de los departamentos ministeriales podrán celebrar convenios para la ordenación de las facultades que les correspondan sobre los bienes que tuvieran afectados, previo informe favorable del Ministro de Hacienda. En el caso de organismos públicos, serán competentes sus presidentes o directores.

- En los supuestos en que litiguen entre sí o tengan intereses contrapuestos las Administraciones, organismos o entidades públicos cuya representación, (legal o convencional si existen acuerdos de colaboración), ostente el Abogado del Estado, habrá que acudir al régimen contenido en los artículos 5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y 10 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio. En primer lugar habrá que estar a lo dispuesto en normas especiales o en las cláusulas de los convenios de colaboración en materia de asistencia jurídica. En defecto de previsión específica y antes de evacuar el primer trámite procesal, la Dirección del Servicio Jurídico del Estado expondrá a las partes su criterio, ya sea éste favorable a una eventual solución extrajudicial del litigio, o, en caso de no resultar posible, indicará la postulación que deba asumir el Abogado del Estado, evitando en todo caso las situaciones de indefensión. Será el Ministro de Justicia el que resolverá lo procedente en cuanto a la postulación a asumir por el Abogado del Estado. Si, tras esta resolución, se siguiese apreciando alguna contraposición de intereses, no resultarán de aplicación los convenios de colaboración. Aquí, interesa señalar especialmente como el proceso judicial se llevará a cabo únicamente en defecto de una solución extrajudicial del conflicto.

- Finalmente, el Real Decreto 2451/1998, de 13 de noviembre, regula el funcionamiento de la Junta Arbitral que se ocupa de resolver las disputas sobre tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas. Este órgano colegiado de deliberación y resolución de conflictos fue creado por los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las

Comunidades Autónomas, que fueron introducidos por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre. El citado Real Decreto establece las normas de funcionamiento, organización y procedimiento de la Junta y constituye el marco adecuado para la resolución de los conflictos que puedan suscitarse con motivo de la aplicación de los puntos de conexión de los tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas.





## REFLEXIÓN FINAL.

Las numerosas referencias legales existentes sobre medios alternativos de resolución de conflictos (artículos 107.2 LRJ-PAC, 60.2 LCAP, 39 LGP/1988, 7.3 y 10.2 LGP/2003, 31 LPAP, 29.1, 77 y 103 LJCA, 137 LBRL, etc.)<sup>344</sup>, alguna experiencia práctica como la del *Consell Tributari*, la favorable corriente doctrinal, y los resultados positivos existentes en Derecho Comparado constituyen importantes manifestaciones que demuestran la necesidad de elaborar una regulación efectiva de estos procedimientos en nuestro Derecho Administrativo, siempre a la luz de las necesidades prácticas y de buscar una Justicia Administrativa ágil y eficaz. En cambio, la voluntad política en esta materia no ha sido firme, como lo demuestran los distintos borradores de leyes parciales sobre el arbitraje administrativo, que no han tenido continuación<sup>345</sup>, o la falta de

---

<sup>344</sup> Como consideró el Sr. Álvarez de Miranda y Torres, estas previsiones legales, junto al art. 88 LRJ-PAC, «revelan un importante cambio de tendencia en la concepción de lo que deben ser las relaciones entre la Administración y los ciudadanos; especialmente suponen el intento de superar la concepción tradicional y formalista que percibe la función de administrar como una aplicación automática de nuevas normas jurídicas y como un ejercicio permanente de autoridad ... La experiencia ha venido demostrando que la búsqueda de la solución más adecuada exige una aplicación flexible de las normas ... La Administración necesita modificar sus pautas de actuación sin que ello signifique la pérdida de sus prerrogativas; necesita transformarse en una organización cada vez más dialogante, más abierta, más dúctil y capaz de resolver los problemas mediante el acuerdo, procurando evitar la confrontación ... Todo ello, claro está, sin merma de la sujeción al Estado de Derecho, pues en ningún caso la Administración puede llegar a pactos, acuerdos o transacciones que constituyan una infracción de la legislación vigente, y también sin merma de la obligación que tiene la Administración de perseguir el interés general». En Comparecencia del señor Defensor del Pueblo ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Defensor del Pueblo. Op. cit. págs. 1736 y 1737.

<sup>345</sup> El último anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo que yo conozco data de 21 de diciembre de 2001. Este borrador fue discutido y criticado en la Jornada sobre *EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, organizada por el Instituto de Estudios Autonómicos y el Gabinete Jurídico de la Generalitat de Cataluña el 14 de marzo de 2002. Resulta ilustrativa la respuesta del Ministro de Administraciones Públicas a la pregunta formulada en el Pleno del Congreso sobre las previsiones de presentación del Proyecto de Ley sobre el Arbitraje Administrativo. El Ministro adelantó su previsión de enviar al Congreso el citado proyecto antes de la conclusión del período de sesiones. Además, manifestó que con esta novedosa figura la Administración iba a «dejar

desarrollo legal de los procedimientos sustitutivos de solución de recursos administrativos. Tampoco las muchas e importantes normas resultantes de la intensa actividad del fin de legislatura contienen avances significativos en esta materia, como lo demuestra la redacción de los artículos 7.3 LGP/2003 o 31 LPAP. Ni siquiera la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que sustituye a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, hace una mínima referencia al arbitraje en el Derecho Administrativo<sup>346</sup>. Ello evidencia que, realmente, no existe en una buena parte de nuestro país un espíritu de progreso en esta materia. Nos encontramos ante una cuestión que nadie se atreve a abordar y cuya regulación siempre se pospone. Imaginemos lo que puede costar un desarrollo práctico de medios alternativos o complementarios a la vía de recurso judicial cuando ni siquiera se han desarrollado los sistemas previstos en el art. 107.2 LRJ-PAC. Por ello y siguiendo el modelo americano, sería conveniente el impulso de experiencias piloto en el uso de estas técnicas sobre sectores determinados, con el fin de extraer informaciones y conclusiones que permitiesen mejorar una futura y necesaria regulación

---

de ser juez y parte en los procesos que dirimen controversias entre los ciudadanos y la Administración pública. Es una gran innovación que el ciudadano pueda elegir un camino que culmine en el arbitraje por un árbitro imparcial, al que la Administración se somete obligatoriamente y el ciudadano voluntariamente, porque siempre tiene la posibilidad de seguir el trámite del recurso de alzada, reposición y contencioso-administrativo. Esto agilizará mucho el funcionamiento de lo contencioso-administrativo e, indudablemente, facilitará a los ciudadanos una resolución rápida de los conflictos». Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. VII Legislatura. Núm. 101. Pág. 4924. Parece que aquí el Ministro se refiere al arbitraje como mecanismo sustitutivo de los recursos administrativos y destaca su carácter obligatorio para la Administración. Posteriormente, el Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes, en respuesta a la pregunta del Sr. Martínez Sanjuán sobre las perspectivas legislativas del arbitraje y la mediación en las Administraciones Públicas, contestó de forma imprecisa diciendo: «Otro sector que requiere de un tratamiento legislativo especial en materia de arbitraje es el relativo al arbitraje para la resolución de los conflictos entre la Administración Pública y los particulares. Esta última regulación es especialmente compleja, pues trata de resolver conflictos entre partes que no tienen la misma naturaleza y están sometidos a un derecho especial como es el Derecho Administrativo. Resulta especialmente difícil dar forma jurídica a un procedimiento arbitral que sustituya tanto el recurso administrativo como la ulterior vía jurisdiccional contencioso-administrativa, sin que se produzca ninguna perturbación en los derechos a la tutela judicial efectiva y al acceso al proceso judicial en relación con la Administración afectada y el particular. Esta dificultad quizá haga aconsejable que el arbitraje administrativo sea tratado como una extensión del arbitraje entre particulares. De modo que, una vez que se cuente con la experiencia suficiente del funcionamiento y eficacia del nuevo arbitraje, sería el momento idóneo para regular su proyección al ámbito administrativo». Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D: GENERAL. VII Legislatura. 25 de septiembre de 2003. Núm. 591. Págs. 88 y 89. Como hemos podido ver a lo largo de este trabajo, las mencionadas dificultades son relativas y, quizás, basar un arbitraje administrativo en el privado ya existente no sea lo más apropiado, aunque de éste último, del que ya existe una amplia experiencia práctica, si puedan extraerse importantes referencias.

<sup>346</sup> Únicamente, su artículo 1.3 dispone que la Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes, salvo, claro está, que la norma especial disponga su inaplicabilidad.

general de los medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo Español<sup>347</sup>.

También, los Juzgados y Tribunales deben evolucionar y fomentar el uso de esta vía en los supuestos en que resulte adecuada. La tradicional mentalidad tendente a retener a toda costa los distintos ámbitos de nuestra Justicia Administrativa no hace avanzar a nuestro Derecho e incluso va en contra de la propia eficacia de sus resoluciones judiciales, que con frecuencia son tardías e ineficaces. La escasa aplicación práctica del artículo 77 LJCA demuestra las reticencias de una buena parte de los órganos judiciales hacia estos útiles mecanismos<sup>348</sup>.

Por último, hay que decir que son las Administraciones Públicas las principales responsables de la buena aplicación de nuestro Derecho Administrativo. Ellas, con su actuación a menudo poco dialogante y aprovechando la ejecutividad y ejecutoriedad de sus actos -no olvidemos cómo ha funcionado hasta ahora la vía administrativa de recurso- han provocado una buena parte de la litigiosidad administrativa. Con independencia de su actitud, su funcionamiento no siempre es el correcto<sup>349</sup>, (en algunos

---

<sup>347</sup> PÉREZ MORENO recomienda un intento de ensayo de las fórmulas alternativas de todo tipo, aunque sea transitoriamente. *Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso*. Op. cit. pág. 20.

<sup>348</sup> Así lo constatan los Magistrados Emilio FRÍAS PONCE, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, y José YUSTY BASTARRECHE, encargado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Madrid, en conversación mantenida el día 8 de enero de 2004. PÉREZ MORENO considera, lamentablemente, en desuso la conciliación intraprocesal del art. 77 LJCA. En *Justicia Administrativa y fórmulas alternativas*. Op. cit. pág. 13. Ello contrasta con la descripción que realiza HUERGO LORA del Derecho Administrativo alemán, donde la transacción es muy frecuente, especialmente en su vertiente judicial, como consecuencia de la actividad mediadora de los jueces, que proponen soluciones a las partes. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Op. cit. págs. 75 y 76.

<sup>349</sup> Como ha puesto de relieve SÁNCHEZ MORÓN «En realidad, habrá más “justicia administrativa” en la medida en que consigamos una Administración que funcione mejor, es decir, en la que se garantice el respeto de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. Pues más importante y eficaz que resolver los conflictos con la Administración es evitar que el conflicto nazca. Desde este punto de vista, contar con una Administración profesionalizada y receptiva a las justas demandas de los ciudadanos constituye una primera garantía. El “arreglo de la justicia” es, por tanto, también y desde esta perspectiva el “arreglo de la Administración”, es decir, de sus estructuras organizativas ... Pero eso requiere de ordinario contar en la propia Administración con interlocutores capacitados y receptivos, que no siempre se encuentran, sea por la arrogancia de muchos gobernantes o por la desidia o falta de iniciativa de muchos funcionarios». *Sobre la situación de la Justicia Administrativa en los albores del Siglo XXI*. Op.

casos -seguridad, sanidad o educación públicas- también por falta de presupuesto). Por eso, al igual que se exige una buena formación en Derecho Administrativo de los Jueces y Magistrados de lo Contencioso, también debe reclamarse una importante formación no sólo de quienes componen las Administraciones Públicas, sino especialmente de quienes las dirigen. Todos ellos deberán tener en cuenta las enormes pérdidas producidas por el retraso de las resoluciones judiciales, del que muchas veces deriva un servicio ya ineficaz de los intereses públicos. De todas maneras, será la mentalidad de la Administración Pública, que viene dada por las directrices políticas del Gobierno, la que condicionará los resultados y la eficacia de una posible utilización en Derecho Administrativo de medios alternativos o complementarios de resolución de conflictos, pues de ella depende su aplicación práctica y el respeto de sus soluciones<sup>350</sup>. Siguen, pues, siendo válidas las palabras del Defensor del Pueblo cuando, en 1995, afirmó: «se precisa, pienso, un cambio cultural y de actitudes en numerosas parcelas de la Administración, poco habituada a transigir con los particulares y a aceptar la mediación de terceros; un cambio que habrá de ser lento y desigual, pero que podría ser estimulado por la reforma legislativa ... En qué medida el recurso a estas fórmulas de acuerdo, compromiso y mediación se vaya implantando entre los hábitos de nuestras administraciones públicas, dependerá sobre todo del cambio de actitudes, de formación y de cultura administrativa de las autoridades y gestores públicos ... Por eso entendemos que, merece la pena impulsar, en su caso, mediante las correspondientes reformas legales, la práctica de estos métodos, confiando que el conocimiento de las ventajas que ofrece vaya facilitando un uso cada vez mayor y más eficaz en múltiples áreas de la

---

cit. pág. 316.

<sup>350</sup> Como indicaron los Profs. Tomás Ramón FERNÁNDEZ y Alejandro NIETO hace falta superar un «problema de mentalidad, ya que resolver mediante convenio o acuerdo no deja de ser una cesión de poder por parte de la Administración. Primero hace falta introducir esta nueva cultura y, luego, ya vendrá la técnica jurídica ... cambio de mentalidad no sólo de la Administración, sino también del legislador, de los tribunales y de los ciudadanos». En Sáenz Casals, Carolina; *Administración y arbitraje: resolver de otra manera los conflictos (Crónica del curso de verano organizado por la UIMP los días 6, 7 y 8 de julio de 1994)*. Op. cit. págs. 714 a 716.

actividad administrativa»<sup>351</sup>.

Coincido totalmente con el Prof. TORNOS<sup>352</sup>: «creo que es importante buscar estos medios de justicia alternativa, y buscarlos con prudencia, con cautela, sin pensar tampoco que ésta pueda ser la panacea de todos los males de la situación de los administrados en su relación con la Administración pública. Pero sí que pueden ayudar a solventar algunos problemas permitiendo dar satisfacción a las pretensiones de los ciudadanos al mismo tiempo que se descarga de trabajo a la jurisdicción contencioso-administrativa».

---

<sup>351</sup> En Comparecencia del señor Defensor del Pueblo ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Defensor del Pueblo. Op. cit. págs. 1737, 1739 y 1740. Véase también el comentario de la pág. 1751. CRUZ PADIAL entiende también que «es necesario que acontezca un cambio de mentalidad en el propio legislador, en la Administración, en los Tribunales de Justicia y en los mismos contribuyentes». *¿Es posible el arbitraje tributario?*. Op. cit. pág. 381.

<sup>352</sup> *El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura*. Op. cit. pág. 24.



## CONCLUSIONES

- Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Derecho Administrativo, que complementan la vía administrativa de recurso y la vía judicial, presentan innumerables ventajas, que no deben reconducirse únicamente a la reducción del enorme colapso existente en los órganos judiciales, lo que precisa además otra serie de medidas para realizarse eficazmente. La mayor rapidez en la solución de la controversia con carácter definitivo permite resolver a tiempo los conflictos y hacer efectivas las pretensiones de las partes, incluso en los casos que requieren una solución más urgente. Además, la neutralidad, formación y especialización de los órganos que contribuyen a alcanzar la solución final asegura su corrección jurídica y su Justicia en el caso concreto. El principio de eficacia en la actuación administrativa sale claramente reforzado y se mejoran notablemente las relaciones entre ciudadanos y Administración, aumentando la mayor comprensión y valoración de la parte contraria. No obstante, y a falta de una experiencia práctica que permita mejorar con sus resultados el sistema propuesto, la implantación de modos alternativos de solución de conflictos debe efectuarse paulatinamente en los sectores o materias que puedan considerarse más apropiados y siempre dentro de los límites que se recogen en el presente estudio.

- Los medios alternativos de solución de conflictos administrativos no intentan excluir la vía judicial, sino que la complementan, permitiendo la resolución de asuntos cotidianos, de escasa cuantía o de carácter técnico que saturan a menudo la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Su utilización permitirá a los órganos judiciales centrarse



en aquellos asuntos de cierta importancia jurídica y mejorar la calidad de sus resoluciones, dando criterios jurisprudenciales generales y claros que resulten de aplicación para las Administraciones Públicas, con lo que indirectamente se evitarían nuevas controversias. También satisfacen el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes, por la escasa cuantía o por la urgencia en la resolución del asunto, descartan la vía judicial dando por perdidos, muchas veces, sus derechos e intereses legítimos.

- El carácter voluntario para los particulares de estas técnicas y su revisión judicial por motivos tasados, permite que su utilización en aquellas materias en que resulte adecuada no entre en conflicto con nuestra Norma Fundamental. La regulación del arbitraje como equivalente jurisdiccional deberá llevarse a cabo por Ley estatal, que conviene que sea específica para el campo administrativo. También la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá ser objeto de las modificaciones y adaptaciones oportunas para hacer posible un ágil y correcto control judicial, tanto de la legalidad como de la ejecución, de los laudos arbitrales y de los acuerdos obtenidos a partir de procedimientos autocompositivos. En el caso de los mecanismos sustitutivos o complementarios del recurso administrativo, las legislaciones autonómicas podrán desarrollar la legislación básica estatal sobre el procedimiento administrativo común.

- La experiencia práctica ha demostrado como, en muchos casos (expropiaciones de terrenos para construcción de grandes obras públicas, declaraciones de ruina, etc.), los procesos judiciales, tanto en vía de recurso como de ejecución, se alargan sin fin y la utilización de otros procedimientos complementarios hubiese evitado los perjuicios ocasionados por la dilatación en la solución definitiva al problema. Cuestiones técnicas, interpretación y ejecución de contratos o convenios, y ejercicio de potestades discrecionales son algunas de las materias en que parece posible la utilización de procedimientos de transacción, mediación, conciliación o arbitraje. No obstante, el ámbito material de estos procedimientos se deberá modular a la luz de las experiencias y conclusiones extraídas de su aplicación práctica, resultando conveniente en un primer

momento un uso prudente de estas técnicas.

- Resulta conveniente una modificación del art. 107.2 LRJ-PAC orientada a eliminar la confusión terminológica y procedimental que deriva de dar una misma regulación, sustitutiva del recurso ordinario, a mecanismos de impugnación o reclamación ante órganos colegiados o comisiones no sometidas a instrucciones jerárquicas, y a técnicas de mediación, conciliación o arbitraje, que pretenden voluntariamente zanjar definitivamente la controversia. Parece, por tanto, que conviene diferenciar entre ambos tipos de procedimientos, intentando fomentar más los primeros a través de un desarrollo legal del citado precepto, y fijando un régimen específico para los mecanismos de mediación, conciliación y arbitraje que no desnaturalice su contenido. En este último caso, conviene introducir las notas de voluntariedad para los ciudadanos y de recurso judicial por motivos tasados.

- Se necesita una regulación legal del arbitraje administrativo, que asegure su utilización voluntaria, al menos para los particulares, y el control judicial del laudo por causas tasadas, (pues no debemos olvidar que constituye un equivalente jurisdiccional). Esta norma, que debe contener las modificaciones oportunas en la Ley de la Jurisdicción, para articular la conexión entre el sistema arbitral y el judicial (medidas cautelares, ejecución y anulación del laudo, etc.), ha de modernizar y flexibilizar el estricto régimen de autorización administrativa sobre el uso del arbitraje que lo hace inoperativo. Todo lo anterior es predicable igualmente respecto de los procedimientos de transacción, conciliación o mediación, donde habría que hacer las puntualizaciones oportunas en los arts. 77 y 113 LJCA y aclarar su régimen extrajudicial. Resulta llamativo como estos dos artículos, que suponen la primera apuesta decidida del legislador por introducir fórmulas alternativas de solución de conflictos en Derecho Administrativo, apenas son objeto de aplicación práctica, lo que demuestra la necesidad de una mayor concienciación de todos los operadores jurídicos en torno a esta cuestión.

- En general, la actual legislación española no facilita en absoluto, (dejando a un lado los preceptos que acabamos de comentar), la utilización de instancias arbitrales o de procedimientos de mediación, conciliación o transacción, entre otros. La utilidad de estas vías exige medidas legislativas y reglamentarias tendentes a facilitar la resolución de conflictos administrativos. Incluso la normativa reguladora del Defensor del Pueblo, debería insistir más en sus importantes potencialidades mediadoras, con el fin de fomentar dicha actividad en esta importante institución. La implantación de estas medidas requiere dotarlas de una publicidad adecuada, que permita garantizar la difusión de sus ventajas e inconvenientes.

- La resolución más rápida y eficaz de los litigios administrativos necesita indiscutiblemente del uso de estos medios alternativos. Ello requiere de un cambio de mentalidad de los poderes públicos y de los ciudadanos, que acoja sin prejuicios o miedos la utilización de estas técnicas. Especialmente son las Administraciones Públicas las que deben impulsar este proceso (como ha ocurrido en los Estados Unidos, donde las *Agencies* han sido en una buena parte responsables de la útil y eficaz utilización de mecanismos ADR). En España desgraciadamente, (aunque esta marcada tendencia parece que ha empezado a cambiar en los últimos años), las Administraciones Públicas difícilmente reconocen sus errores o estiman los recursos presentados por los ciudadanos cuando éstos tienen jurídicamente razón. Prefieren acudir a los tribunales, forzando en muchas ocasiones a los administrados a renunciar a su pretensión, pues la defensa del perjuicio jurídico sufrido no compensa los costes del proceso judicial o no va a verse satisfecho por la excesiva duración del procedimiento. Incluso, no han sido pocas las ocasiones en que la Administración ha intentado retrasar o dificultar la ejecución de sentencias condenatorias. Nuestra Administración Pública, debe ser más sensible a los problemas de los ciudadanos, buscando defender con objetividad y eficacia los intereses generales y respetando siempre nuestro ordenamiento jurídico (art. 103.1 C.E.). Por ello, deberían erradicarse determinados comportamientos de algunos órganos de la Administración que intentan manifestar un poder sobre el resto de los ciudadanos o que,

sencillamente, intentan a toda costa cumplir el objetivo político para el que han sido designados, lo que lleva en muchas ocasiones a la situación anteriormente descrita. Ciudadanos y Administraciones Públicas deben colaborar en un plano de igualdad y cooperación en la mejora de las relaciones jurídicas a que da lugar toda actuación administrativa por el bien de todos, como ha venido sucediendo desde que hace ya tiempo se alertase sobre la importancia y conveniencia de la participación ciudadana en los asuntos públicos.

- En los últimos tiempos, se está dedicando una especial atención al arbitraje administrativo, pero no debe olvidarse que, en muchas ocasiones, los modos autocompositivos o amistosos pueden ofrecer a Administraciones y a quienes con ellas tratan mayores beneficios que el arbitraje vinculante. Además de plantear menos inconvenientes legales, contribuyen a mantener las relaciones entre las partes y a adaptar mejor a sus necesidades la decisión final, por lo que los poderes públicos han de impulsar especialmente su utilización. Personalmente considero que, en lugar de discutir sobre una ordenación del arbitraje administrativo, debe perseguirse una ordenación integral de todos los mecanismos que puedan contribuir a la solución de conflictos que enfrenten a Administraciones Públicas con particulares o, incluso, con otras Administraciones. En ella deberían regularse claramente los límites materiales, órganos, procedimientos, recursos, aplicación y ejecución de estos medios, así como su conexión con el resto del ordenamiento jurídico; todo ello de acuerdo con las líneas mantenidas a lo largo del presente trabajo sometidas a la valoración y mejor consideración del lector.

- Las bases para la implantación de cauces alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo están ya claras. Cualquier aportación teórica al respecto puede ser de utilidad, pero lo realmente necesario e imprescindible es ya una clara y prudente puesta en práctica de estas medidas. Los frutos de esforzados debates teóricos serán mínimos si no se cuenta con datos y experiencias reales. Sólo los problemas concretos ofrecerán verdaderas cuestiones de debate y discusión, que contribuirán

posteriormente al perfeccionamiento de estos mecanismos.

## BIBLIOGRAFÍA

ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Administrative Conference of the United States. Office of the Chairman. 1988.

- A.C.U.S., Office of the Chairman; *An overview of federal agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987.

- *Toward improved agency dispute resolution: implementing the ADR Act*. En *World Arbitration & Mediation Report*. Transnational Juris Publications, Inc. 1995. Pág. 162

AGENCE JUDICIAIRE DU TRÉSOR; *L'Administration et la transaction*. Les dossiers juridiques de l'Agence Judiciaire du Trésor. Ministère du Budget. Paris, 1995 (reed.).

AGULLÓ AGÜERO, Antonia; *La introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

- *Recursos no formales y Consell Tributari de Barcelona: una función quasiarbitral*. En *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María y GONZÁLEZ RIVAS, Juan José; *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Aranzadi. Pamplona, 1998.

ANDRIOLI, V; *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*. Giurisprudenza Costituzionale, 1977. Fasc. 8.

ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio; *Resolución de recursos en el ámbito tributario local: autocontrol jurídico y vía administrativa previa*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

- *El autocontrol jurídico de las Corporaciones Locales: el ejemplo del Consell Tributari de Barcelona*. Revista de Hacienda Local, n° 70. 1994.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; *La Reforma de la Ley de Contratos del Estado*. Unión

Editorial. Madrid, 1984.

ARZAMENA SIERRA, Jerónimo; *Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos*. RDU, nº 146. 1996.

ARREDONDO GUTIÉRREZ, José Manuel; *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*. Comares. Granada, 1999.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan; *Las actas de la inspección de los tributos*. Civitas. Madrid, 1994.

- *Finalización convencional del procedimiento tributario*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

AUBY, Jean Marie; *L'arbitrage en matière administrative*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1955.

- *La transaction en matière administrative*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1956.

- *Les recours administratifs préalables*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997.

AUBY, Jean Marie y DRAGO, Roland; *Traité de Contentieux Administratif*. Tomo I. 3ª Edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1984.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano; *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

- *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo (antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998)*. Marcial Pons. Madrid, 1999.

BARCELONA LLOP, Javier; *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Universidad de Cantabria. Santander, 1995.

BARONA VILAR, Silvia; *Solución extrajudicial de conflicto. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

BARRETT, William L.D.; *What the business lawyer needs to know about ADR*. Practising Law Institute (Litigation and administrative series). New York, 1998.

BASSOLS COMA, Martín; *Consideraciones sobre los controles extrajudiciales de la Administración: en torno a la reforma del estatuto del Médiateur francés*. RAP, nº 82. 1977.

BEDNAR, Richard J.; *Government contracting officers should make greater use of ADR techniques in resolving contract disputes*. Administrative Conference of the United States. March, 1989.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Civitas. Madrid, 1995.

- *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Tecnos. Madrid, 1995.

BERMEJO VERA, José; *El conflicto deportivo y la jurisdicción*. DA, nº 220. 1989.

BERNARDINI, Piero; *L'arbitrage en Italie après la récente réforme*. Revue de l'arbitrage, nº3. 1994.

BIENVENU, Jean-Jacques; *Transaction*. Répertoire de Contentieux Administratif. Vol. I. Dalloz. Paris, 1996.

BINGHAM, Gail y HAYGOOD, Leah V.; *Environmental Dispute Resolution: The First Ten Years*. The Arbitration Journal, vol. 41, n° 4. 1986.

BINGHAM, Lisa B.; *Alternative Dispute Resolution in Public Administration*. En Cooper, Phillip J. y Newland, Chester A. (Editors); *Handbook of Public Law and Administration*. Jossey-Bass Publishers. San Francisco, 1997.

BORRAJO INIESTA, Ignacio; *Las facultades de los tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones Públicas*. REDA, n° 53. 1987.

BRÉCHON-MOULÈNES, Christine; *La réforme des comités consultatifs de règlement amiable des marchés*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1981.

- *Le règlement amiable dans les marchés publics*. Marchés Publics, n° 225. 1987.

BREGER, Marshall J.; *Testimony on S. 2274 before the House Judiciary Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations, June 16, 1988*; en Administrative Conference of the United States; *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*. Administrative Conference of the United States. Office of the Chairman. 1988.

- *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996 and the Private Practitioner*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001.

- *Introduction*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987.

BRISSON, Jean-François; *Régler autrement les litiges administratifs: Les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés?*. Revue de Droit Public, n° 3. 1996.

BRUFF, Harold H.; *Public programs, private deciders: the constitutionality of arbitration in federal programs*. Texas Law Review, vol. 67, n° 3. 1989.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.; *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. y CUERNO LLATA, José Ramón; *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*. 3ª Edición. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001.

CAIA, Giuseppe; *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e la tendenze*. A. Giuffrè editore. Università di Bologna. Milano, 1989.

CALVO ORTEGA, Rafael; *En defensa del arbitraje tributario*. Crónica Tributaria, n° 100. 2001.

- *Litigiosidad fiscal y arbitraje tributario*. Impuestos. Vol. II. 2001.

CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel (Dir); *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1999.

CANAL MUÑOZ, José e IBÁÑEZ BUÍL, Pedro; *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Actualidad Administrativa, n° 13. 2000.

CAPACCIALI, Enzo; *L'arbitrato nel diritto amministrativo*. CEDAM. Università



di Bologna. Padova, 1957.

CARBONELL PORRAS, Eloisa y MUGA MUÑOZ, José Luis; *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Marcial Pons. Madrid, 1996.

CARR, Frank; *Alternative Means of Dispute Resolution in Federal Contract Disputes*; En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001.

CASSESE, Sabino; *L'arbitrato nel diritto amministrativo*. Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, XLVI. 1996.

CHAPÚS, René; *Droit Administratif General*. Tomo II. 11ª Edición. Montchcestien. París, 1993.

CHAVRIER, Géraldine; *Réflexions sur la transaction administrative*. Revue Française de Droit Administratif, nº 3. 2000.

CHILLÓN MEDINA, José María y ESCOBAR ROCA, Guillermo; *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Dykinson. Madrid, 2001.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen; *La tutela cautelar en la nueva Justicia Administrativa*. Civitas. Madrid, 1991.

- *La tutela cautelar*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Lex Nova. 2ª Edición. Valladolid, 2001.

- *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*. RAP, nº 131. 1993.

- *Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa*. En Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y del Guayo Castiella, Íñigo, (Dir.); *Panorama Jurídico de las Administraciones Públicas en el Siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*. B.O.E./INAP. Madrid, 2002.

CHIRULLI, Paola y STELLA RICHTER, Paolo; *Transazione (diritto amministrativo)*. Enc. Dir. Vol. 44. 1992.

CIERCO SEIRA, Cesar; *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2002.

CONSEIL D'ÉTAT; *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*. Les études du Conseil d'État, La Documentation Française. Paris, 1993.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; *Del modo de arreglar la Justicia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.

- *MEMORIA sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales*. Volumen I. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2003.

CORTADA ESTEVE, Meritxell; *El arbitraje: un medio alternativo en la Justicia Administrativa*. RVAP, nº 51. 1998.

COUZINET, Philippe; *Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire: la conciliation sportive précontentieuse*. Revue Française de Droit Administratif, nº 2. 1997.

CRABLE, Stephen; *ADR: A Solution for Environmental Disputes*. Arbitration Journal, vol. 48, nº 1. 1993.

CRESPO PÉREZ, Juan de Dios; *La resolución de conflictos mediante el arbitraje en el deporte*. Revista General de Derecho, nº 654. 1999.

CROWELL, Eldon H.; EDELMAN, Lester; HERNY, James; LEMLEY, Jack K.; NASH, Ralph H.; MANDELMAN, Joel C. y SCHAAF, Derek J.; *Applying Alternative Dispute Resolution to Contract Claims*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, nº 2. 1987.

CROWELL, Eldon H. y POU, Charles Jr.; *Appealing Government contract decisions: reducing the cost and delay of procurement litigation with alternative dispute resolution techniques*. Maryland Law review, vol. 49, nº 1. 1990.

CRUZ PADIAL, Ignacio; *¿Es posible el arbitraje tributario?*. Impuestos. Vol. I. 1999.

DALTON, Deborah S.; *Negotiated Rulemaking Changes EPA Culture*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001.

DEGRÉ, Claude; *Les comités consultatifs de règlement amiable des marchés*. Thèse. Universidad de París II (Panthéon-Assas). París, 1982.

- *Une procédure de règlement amiable des litiges: les comités consultatifs de règlement amiable des marchés*. Marchés Publics, nº 175. 1981.

DELGADO BARRIO, Javier; *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Civitas. Madrid, 1991.

DELGADO PIQUERAS, Francisco; *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Aranzadi. Pamplona, 1995.

- *Los órganos de la jurisdicción y sus competencias*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Lex Nova. 2ª Edición. Valladolid, 2001.

- *Las nuevas conquistas del principio constitucional de participación: terminación convencional del procedimiento y medios consensuales de solución de conflictos administrativos*. RJCM, nº 18. 1993.

- *La «Administrative Dispute Resolution Act» de los Estados Unidos: Introducción, Traducción y Notas*. RAP, nº 131. 1993.

DESDENTADO DAROCA, Eva; *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 1997.

- *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. 2ª Edición. Aranzadi. Pamplona, 1999.

DÍAZ DELGADO, José; *Artículo 60. Recursos y arbitraje*. En García Macho, Ricardo (Dir.); *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. 9ª Edición. Tecnos. Madrid, 2001.

DUCAROUGE, Françoise; *Le juge administratif et les modes alternatifs de*

*règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français*. Revue Française de Droit Administratif, nº 1. 1996.

DUFAU, Jean; *Note sous Conseil d'État, Section, 3 mars 1989. Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1989.

DUPUY, Roger-Christian, PERRET, Jean-Marie et BEYSSAC, Roland; *La pratique de la conciliation au Tribunal administratif de Nantes*. Revue Française de Droit Administratif, nº 3. 1999.

EDELMAN Lester y CARR Frank; *The Mini-Trial: an alternative dispute resolution procedure*. Arbitration Journal, vol. 42, nº 1. 1987.

EDWARDS, Harry T.; *Alternative Dispute Resolution: Panacea or anathema?* Harvard Law Review, vol. 99, nº 3. 1986.

EISEN, Joel B.; *ADR at the Environmental Protection Agency*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001.

ELORRIAGA PISARIK, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

ESCRIBANO MORA, Fernando (Dir.); *Evitación del proceso*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998.

ESCRIBANO TESTAUT, Pedro y BENAVENTE CÓZAR, M<sup>a</sup> Inmaculada; *Artículo 3º.1.J. El arbitraje y la contratación administrativa*. En Ariño y Asociados; *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Tomo I*. Comares. Granada, 2002.

ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo; *Manual de Derecho Urbanístico. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. 2ª Edición. Comares. Granada, 2001.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor; *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso: (oralidad, concentración, rapidez y economía)*. 2ª Edición. Caja de Ahorros. Valencia, 1988.

- *El Tribunal de las Aguas de Valencia y las sanciones previstas por la Ley de Aguas de 1985 y su reglamento: inaplicabilidad de sus normas*. REDA, nº 57. 1988.

FALCÓN Y TELLA, Ramón; *El arbitraje tributario*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón; *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas. Madrid, 1991.

- *De la arbitrariedad de la Administración*. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 1999.

- *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*. REDA, nº 76. 1992.

- *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*. REDA, nº 80. 1993. - *Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*. REDA, nº 83. 1994.

FONT I LLOVET, Tomás; *La nueva Ley y la contratación en la Administración Local*. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1996.

- *El Consell Tributari: funciones consultivas*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios

Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

FOUCHARD, Philippe; *Une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public: la faculté de compromettre de la Poste et de France-Télécom*. Revue de l'Arbitrage. 1990.

FOUSSARD, Dominique; *Le juge administratif et l'arbitrage (remarques à propos de l'arrêt A.R.E.A. du 3 mars 1989)*. Revue de l'arbitrage. 1989.

- *L'arbitrage en droit administratif*. Revue de l'Arbitrage. 1990.

FROMONT, Michel; *L'exemple allemand (les modes alternatifs de règlement des litiges)*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 1. 1997.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel; *La Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción*. JA, n° 6. 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Hacia una nueva Justicia Administrativa*. Civitas. 2ª Edición. Madrid, 1992.

- *Democracia, jueces y control de la Administración*. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 1997.

- *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 2004.

- *Introducción*. En Sánchez Morón, Miguel y Leguina Villa, Jesús (Dirs.); *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993.

- *Ámbito de aplicación de la Ley*. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1996.

- *La reacción del contencioso-francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas*. REDA, n° 60. 1988.

- *La transformación del Contencioso-Administrativo francés: la reforma radical del sistema de ejecución de sentencias*. REDA, n° 68. 1990.

- *Observaciones sobre la tutela cautelar en la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*. RAP, n° 151. 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. 10ª Edición. Civitas. Madrid, 2000.

- *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 7ª Edición. Civitas. Madrid, 2000.

GARCÍA GIL, Francisco Javier; *El proceso contencioso-administrativo. Comentarios y jurisprudencia*. Dilex. Madrid, 1998.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco; *Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración*. REDA, n° 119. 2003.

GARCÍA MANZANO, Pablo; *Terminación del Procedimiento*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dirs.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Lex Nova. 2ª Edición. Valladolid, 2001.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio; *Los convenios expropiatorios*. EDERSA. Madrid, 1979.

GARCÍA URETA, Agustín; *La Comisión Arbitral del País Vasco: régimen jurídico y resoluciones (1999-2002)*. IVAP. Oñati, 2003.

GASPAR LERA, Silvia; *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Aranzadi. Elcano (Navarra), 1998.

GAUDEMET, Yves; *L'arbitrage: aspects de droit public; état de la question*. Revue de l'arbitrage. 1992.

GELLHORN, Walter; DUNLOP, John T.; EDWARDS, Harry T. y KUHL, Carolyn, B.; *Alternative Means of Dispute Resolution in Government: a sense of perspective*. In *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, nº 2. 1987.

GOHIN, Olivier; *Contentieux Administratif*. Litec. París, 1996.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1996.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique ; *El arbitraje administrativo en el Derecho de la Competencia*. RAP, nº 162. 2003.

GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, María Luisa; *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*. Colex. Madrid, 1998.

- *El arbitraje en el Derecho Tributario*. Estudios Financieros, nº 167. 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. RAP, nº 145. 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco; *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Tomo II. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 2004.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago; *El contrato administrativo*. Civitas. Madrid, 2003.

GREINIG, Jay E.; *Alternative dispute resolution (with forms)*. Second Edition. West Publishing Co. St. Paul, MINN, 1997.

GRUNEWALD, Mark H.; *Report for Recommendation 95-6: Freedom of information and confidentiality under the Administrative Dispute Resolution Act*. The Administrative Law Journal of the American University. Vol. 9, nº 4. 1996.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle; *La médiation*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997.

Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001.

HARTER, Philip J.; *Negotiating regulations: a cure for malaise*. Georgetown Law Journal, nº 71. 1982.

- *Points on a continuum: dispute resolution procedures and the Administrative process*. Background report for Recommendation 86-3. Report to the Administrative Conference of the United States. June 5, 1986. A.C.U.S., Annual Report, 1986. American University Journal of Administrative Law, vol. 1, nº 1. 1987.

- *Neither cop nor collection agent: encouraging administrative settlements by ensuring mediator confidentiality*. Report to the Administrative Conference of the United States. November 15, 1988. A.C.U.S., Recommendations and Reports. 1988.

- *Fear of Commitment: an affliction fo adolescents*. Duke Law Journal, vol. 46, nº 6. 1997.

HARTER, Philip J. y POU, Charles J.; *Using negotiated rulemaking effectively*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. American Bar

HARTER, Philip J.; THOMAS, Lee M.; McMURRAY, Kay; FLEMING, Robben W. y MILLHAUSER Marguerite; *Institutionalizing Alternative Dispute Resolution: Where does the Government go from here?*. In *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987.

HATCH, Orrin G.; *A view from Congress*. En *A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)*. The Administrative Law Journal of the American University, vol. 1, n° 2. 1987.

HEERS, Mireille; *La conciliation par le juge administratif et ses devoirs*. Gazette du Palais, vol. 2. 1996.

HONORAT, Edmond et BAPTISTE, Eric; *Chronique générale de jurisprudence administrative française*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif. 1989.

HORTALÀ I VALLVÉ, Joan; *El arbitraje en materia tributaria. Un análisis crítico del convenio de la Unión Europea*. Crónica Tributaria, 79. 1996.

HUERGO LORA, Alejandro; *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Civitas-Universidad de Oviedo. Madrid, 1998.

- *Los convenios urbanísticos*. Civitas. Madrid, 1998.

- *La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2000.

HUGLO, Christian et LEPAGE-JESSUA, Corinne; *Code des Procédures Contentieuses de Droit Public*. Litec, Gazette du Palais. Paris, 1994.

IKONOMOU, Alexandre; *Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs*. Thèse. Universidad de París II (Panthéon-Assas). Paris, 1982.

ILLOUZ, Corinne; *La transaction suite à l'annulation du marché*. Le moniteur des travaux publics et du bâtiment, n° 4759. 10 de febrero de 1995.

JACQUOT, H.; *Commission Départementale de conciliation*. Urbanisme, 1995. Collection Dalloz Immobilier. Dalloz. Paris, 1995.

JARROSSON, Charles; *Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative*. Revue de l'Arbitrage. 1995.

- *Médiation et conciliation: définition et statut juridique*. Conférence de Lyon de 26 septembre 1995, Centre d'Arbitrage Rhône-Alpes: *La Médiation: une nouvelle approche pour le règlement des différends commerciaux et administratifs des entreprises*. Gazette du Palais, vol. 2. 1996.

- *L'arbitrage en droit public*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 1. 1997.

JIMÉNEZ APARICIO, Emilio (Coord.); *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2002.

JOSEPH, Daniel and GILBERT, Michelle L.; *Breaking the settlement ice: the use of settlement judges in administrative proceedings*. Report to the Administrative Conference of the United States. May 20, 1988. A.C.U.S., Recommendations and Reports. 1988.

KAYSER, Pierre; *La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables*. Justices, n° 3. 1996.

KANOWITZ, Leo; *Cases and materials on Alternative Dispute Resolution*. West Pub. Co. St Paul, Mi, 1985.

KEROMNES, Gwen; *Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative*. Gazette du Palais n° 54-56 (Doctrine). 1997. (23-25 février 1996).

KOCK, Charles H. Jr.; *Administrative Law and Practice*. Second Edition. Vol. 3. West Publishing Co. St. Paul, MINN, 1997.

LABETOULLE, Daniel; *Conseil d'État, avis du 6 mars 1986*. Revue de l'arbitrage, n° 2. 1992.

- *Conseil d'État, avis du 6 mars 1986*, en Gaudemet, Y., Dal Farra, T., Stirn, B., et Rolin, F.; *Des Grands Avis du Conseil d'État*. Dalloz, 1997.

LAMARCA ITURBE, Íñigo; *La Comisión Arbitral del País Vasco*. RVAP, n° 42. 1995.

LAMBROS, Thomas D.; *Summary Jury Trials*. Litigation, vol. 13, n° 1. 1986.

LAUBADÈRE, André de, MODERNE, Franck y DEVOLVÉ Pierre; *Traité des Contrats Administratifs*. Tomo I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1<sup>a</sup> Edición. París, 1983.

- *Traité des Contrats Administratifs*. Tomo II. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2<sup>a</sup> Edición. París, 1984.

LAVILLA RUBIRA, Juan José; *Eficacia (D.º Administrativo)*. Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II. Civitas. Madrid, 1995.

LECEA Y LEDESMA, Ignacio; *El Consell Tributari Municipal*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

LEGUINA VILLA, Jesús; *La Ley 13/1994, de 30 de junio, reguladora de la Comisión Arbitral y el art. 39 del Estatuto Vasco*. RVAP, n° 41. 1995.

LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dirs.); *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993.

- *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Lex Nova. 2<sup>a</sup> Edición. Valladolid, 2001.

LEVASSEUR, Alain; *Les transactions: l'exemple de l'assistance publique-Hôpitaux de Paris*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 1. 1997.

LEVY, Michel; *La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, n° 9. 1987.

LIFF, Diane R.; *Administrative Dispute Resolution Act of 1996. Text and Section-By-Section Commentary*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001.

LLENA, C. y BRENET, B.; *Les comités consultatifs interrégionaux de règlement amiable des litiges en matière de marchés publics et les collectivités locales*. La Revue du Trésor, n° 6. 1998.

- LÓPEZ MENUDO, Francisco; *Arbitraje y Derecho Público*. JA, nº 2. 1999.
- LÓPEZ PELLICER, José Antonio; *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*. RDU, nº 146. 1996.
- LOPERENA ROTA, Demetrio; *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. IVAP. Oñati, 2000.
- LYON-CAEN, Arnaud; *Sur la transaction en droit administratif*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997.
- MARCHÉS PUBLICS; *Le Comité consultatif de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics (Premier rapport d'activité)*. Marchés Publics, nº 195. 1983.
- MARESCA CABOT, Juan Carlos; *El arbitraje en Derecho Administrativo*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 5. 1994.
- *El arbitraje en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 6. 1995.
- *El arbitraje en el Derecho Administrativo*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 7. 1996.
- MARINA JALVO, Belén; *Proyecto Docente*. Universidad de Alcalá. Madrid, 2002.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, Paulino; *Los convenios urbanísticos*. RDU, nº 144. 1995.
- MARTÍN MATEO, Ramón; *Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. INAP. Madrid, 1989.
- MARTÍN REBOLLO, Luis; *Leyes Administrativas*. 9ª Edición. Aranzadi. Elcano (Navarra), 2003.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián; *La institución contractual en el Derecho Administrativo: En torno al problema de la igualdad de las partes*. RAP, nº 29. 1959.
- MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ, Alfonso; *La tasación pericial contradictoria*. Tecnos. Madrid, 1994.
- MARTÍNEZ HORNERO, Javier; *La terminación convencional en el procedimiento de inspección de los tributos*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, Íñigo; *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*. Civitas. Madrid, 1999.
- MASSOT, Jean; *La place de la conciliation dans le règlement des litiges en matière de marchés publics*. Marchés Publics, nº 283. 1994.
- MATEO TEJEDOR, Montserrat; *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*. Marcial Pons. Madrid, 1998.
- MATTEI-DAWANCE, Geneviève; *L'arbitrage en droit public*. Gazette du Palais, 1987 (1<sup>er</sup> semestre), Doctrine.
- MATTHEWS, Martha A. (Editor); *Alternative Dispute Resolution. Practice and Perspectives*. The Bureau of National Affairs Inc. Washington, D.C. 1990.
- MAURI MAJÓS, Joan; *El CEMICAL un medio de solución de conflictos para la*



*Administración Pública Local. Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 2. 1995.

MAURI MAJÓS, Joan y PALACIO BUISSAN, María José; *Objetivos, estructura y funcionamiento del CEMICAL (Consortio de Estudios, Mediación y Conciliación en la Administración Local)*. Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones, nº 12. 1996.

MEEK, Susan B.; *Alternative Dispute Resolution*. Lawyers & Judges. Tucson, 1996.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel; *Procedimientos administrativos: finalización y ejecución*. En Sánchez Morón, Miguel y Leguina Villa, Jesús (Dir.); *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Técno. Madrid, 1993.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M<sup>a</sup>; *La cuantía en el recurso contencioso-administrativo*. Atelier. Barcelona, 2000.

MERINO MERCHÁN, José Fernando y PÉREZ-UGENA COROMINA, María (Coords.); *Régimen de las Telecomunicaciones*. Tecno. Madrid, 1998.

MESEGUER YEBRA, Joaquín; *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*. Bosch. Barcelona, 2000.

MILLHAUSER, Margerite S. y POU, Charles Jr. (Dir.); *Sourcebook: Federal Agency use of Alternative Means of Dispute Resolution*. Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1987.

MONEDERO GIL, José Ignacio; *Doctrina del Contrato del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1977.

MONTORO CHINER, M<sup>a</sup> Jesús; *Técnicas pre y extraprocesales de resolución de los conflictos urbanísticos*. Revista del tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 9. 1997.

MONTOYA MARTÍN, Encarnación; *Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local*. JA, nº extraordinario (*La reforma del régimen local*). 2000.

MORELL OCAÑA, Luis; *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 4<sup>a</sup> Edición. Aranzadi. Elcano (Navarra), 1999.

MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco; *Nuevo régimen de contratación administrativa (adaptada al nuevo Reglamento de Contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*. 3<sup>a</sup> Edición. La Ley. Madrid, 2003.

MORÓN URBINA, Juan Carlos; *La solución alternativa de controversias en sede administrativa (de la imposición unilateral de la autoridad a la conciliación de intereses en asuntos administrativos)*. Ciberrevista de Derecho Administrativo (<http://www.law.unican.es>), nº 14. 2000.

MUÑOZ, Frédérique; *Pour une logique de la conciliation*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997.

MUÑOZ MACHADO, Santiago; *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*. RAP, nº 84. 1977.

DEL OLMO ALONSO, Jesús; *Capítulo noveno: los convenios urbanísticos*. En

Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *El Derecho Urbanístico en la Comunidad de Madrid*. Lex Nova. Valladolid, 1999.

- *El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos*. RVAP, nº 52. 1998.

- *La regulación de los convenios urbanísticos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*. RJCM, nº 27. 1999.

- *La legislación sobre modos alternativos de resolución de conflictos administrativos en los Estados Unidos de América*. JA, nº 4. 1999.

- *Estudio del artículo 244.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, a la luz del conflicto sobre el almacén de residuos radiactivos de la Central Nuclear de Trillo*. RJCM, nº 33. 2002.

OPPETIT, Bruno; Arbitrage, mediation et conciliation. *Revue de l'Arbitrage*. 1984.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; *La ejecución de sentencias*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Lex Nova. 2ª Edición. Valladolid, 2001.

PACTEAU, Bernard; *Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'art. 9 de la loi du 19 août 1986*. Les Petites Affiches-La loi, nº 121. 8 de octubre de 1986.

- *Quelles perspectives pour l'arbitrage en contentieux administratif? Le cas des litiges administratifs entre personnes privées. Note sous Conseil d'État, Section, 3 mars 1989. Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes (A.R.E.A.)*. *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 5, nº 4. 1989.

- *Arbitrage*. *Juris-Classeur de Procédure Civile*, Fasc. 1048. Éditions du Juris-Classeur - 3, 1999.

DE PALMA DEL TESO, ANGELES; *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón; *Derecho Administrativo I. Parte General*. 14ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 2003.

- *Arbitraje y Derecho Administrativo. La actividad arbitral de la Administración*. *Revista Galega de Administración Pública*, nº 23. 1999.

PAREJO ALFONSO, Luciano; *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

- *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Tecnos, Madrid, 1993.

- *Eficacia y Administración. Tres estudios*. INAP. Madrid, 1995.

- *El artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

- *La participación en el Estado social*. *Actualidad Administrativa*, nº 5. Vol. I. 1987.

- *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*. DA, nº 218-219. 1989

- *Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo», a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid.* Revista Parlamentaria de la Comunidad de Madrid, vol. I. 1999.

PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas.* B.O.E. Madrid, 2004.

PATRIKIOS, Apostolos; *L'arbitrage en matière administrative.* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1997.

PEMÁN GAVÍN, Juan; *Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial (a propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 11 de enero de 1991, nº 15).* RAP, nº 127. 1992.

PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso; *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa.* Aranzadi. Elcano (Navarra), 2000.

PÉREZ MORENO, Alfonso; *Artículo 77. REDA, nº 100 (Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998).* 1998.

- *La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo.* JA, nº extraordinario (*La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*). 1999.

- *Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso.* RAAP, nº 37. 2000.

- *El Arbitraje Administrativo.* RAAP, nº 43. 2001.

- *Justicia Administrativa y fórmulas alternativas.* RAAP, nº 49. 2003.

PERRITT, Henry; *Negotiated rulemaking before federal agencies: evaluation of recommendation by the Administrative Conference of the United States.* Georgetown Law Journal, nº 74. 1986.

PRITZKER, Davis M. y DALTON, Deborah S.; *Negotiated rulemaking sourcebook.* Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1995.

PONCE SOLÉ, Julio; *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad.* Lex Nova. Valladolid, 2001.

POU, Charles Jr. (Dir.); *Federal Administrative Procedure Sourcebook.* Second Edition. Administrative Conference of the United States. Office of the Chairman. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1992.

- *No Fear: Confidentiality Day-to-Day in Federal Dispute Resolution.* En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook.* American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001.

- *Chapter 4: Dispute Resolution.* En Lubbers, Jeffrey S. (Ed.); *Developments in Administrative Law and regulatory practice 2001-2002.* American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2003.

- *Reauthorized laws show Governments's ADR confort level is increasing.* Alternatives to the high cost of litigation. CPR Institute for Dispute Resolution, vol. 15, nº 2. February 1997.

POU, Charles Jr. y LIFF, Diane R.; *Chapter 2: Dispute Resolution.* En Lubbers, Jeffrey S. (Ed.); *Developments in Administrative Law and regulatory practice 2000-2001.*

American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2002.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás; *Responsabilidad patrimonial de la Administración y conceptos jurídicos indeterminados (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996. Aranzadi número 987)*. Poder Judicial, nº 41-42. 1996.

RAMALLO MASSANET, Juan; *La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, José Antonio; *La naturaleza y el cumplimiento efectivo de los convenios expropiatorios*. RVAP, nº 14. 1986.

DEL REY GUANTER, Salvador; *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1991.

RIALS, Stéphane; *Arbitrage et règlement amiable. Répertoire de Contentieux Administratif*. Vol. I. Dalloz. París, 1999.

RICHER, Laurent; *Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit adminsitratif*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997.

RIVERO, Jean; *Personnes morales de droit public et arbitrage*. Revue de l'Arbitrage. 1973.

RIVERO YSERN, José Luis; *Las funciones del Defensor del Pueblo en orden a la Resolución extrajudicial de conflictos con la administración Pública*. RAAP, nº 34. 1999.

ROCA MARTÍNEZ, José María; *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Bosch. Barcelona, 1992.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María; *Los convenios entre administraciones públicas*. Marcial Pons. Madrid, 1998.

ROSA MORENO, Juan; *El arbitraje administrativo*. McGraw-Hill. Madrid, 1998.

RUTTINGUER, George; *Acquiring the services of neutrals for alternative means of dispute resolution and negotiated rulemaking*. Background report for Recommendation 86-8. Report to the Administrative Conference of the United States. November 19, 1986. A.C.U.S., Annual Report, 1986.

SÁENZ CASALS, Carolina; *Administración y Arbitraje: resolver de otra manera los conflictos (Crónica del curso de verano organizado por la UIMP los días 6, 7 y 8 de julio de 1994)*. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 264. 1994.

SAINZ MORENO, Fernando; *Conceptos jurídicos: interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas. Madrid, 1976.

- Sainz Moreno, Fernando (Dir.); *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP. Madrid, 2004.

- *El procedimiento abreviado*. En Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Lex Nova. 2ª Edición. Valladolid, 2001.

SALA ARQUER, José Manuel; *La Comisión del Mercado de las*

Telecomunicaciones. Civitas. Madrid, 2000.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.

- *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Instituto de España-Espasa Calpe. Madrid, 1991.

- *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos. Madrid, 1994.

- Sánchez Morón, Miguel (Dir.); *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Tecnos. Madrid, 1997.

- *Derecho de la Función Pública*. 4ª Edición. Tecnos. Madrid, 2004.

- *Recursos Administrativos*. En Sánchez Morón, Miguel y Leguina Villa, Jesús (Dir.); *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993.

- *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. En Delgado Barrio, Javier (Dir.); *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 32. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994.

- *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*. En Sánchez Morón, Miguel, Trayter Jiménez, Juan Manuel y Sánchez Blanco, Ángel; *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. IVAP. Oñati, 1995.

- *La terminación convencional de los procedimientos administrativos*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

- *Las prerrogativas de la Administración*. En *Contratación Administrativa II*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 8. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997.

- *El control jurisdiccional. La jurisdicción contencioso-administrativa*. En Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (Dir.) y Calvo Charro, María (Coord.); *La Administración Pública Española*. INAP. Madrid, 2002.

- *El principio de participación en la Constitución Española*. RAP, nº 89. 1979.

- *Las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en recursos contra la actividad de las Comunidades Autónomas y de la Administración del Estado*. JA, nº 9. 2000.

- *Sobre la situación de la Justicia Administrativa en los albores del Siglo XXI*. RAP, nº 154. 2001.

- *El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*. JA, nº 13. 2001.

SÁNCHEZ SAUDINÓS, José Manuel; *El Defensor del Pueblo*. En Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (Dir.) y Calvo Charro, María (Coord.); *La Administración Pública Española*. INAP. Madrid, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso;

- *Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*. En Sainz Moreno, Fernando, (Dir.); *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP. Madrid, 2004.

- *La Administración como poder regulador*. En Sainz Moreno, Fernando, (Dir.);

*Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP. Madrid, 2004.

SERVICE JURIDIQUE DE L'AGENCE JUDICIAIRE DU TRÉSOR; *La transaction. Mode d'emploi*. Agence Judiciaire du Trésor. Paris, 1993.

SINGER David; *An Arbitration Journal Report: The Use of ADR Methods in Environmental Disputes*. Arbitration Journal, vol. 47, nº 1. 1992.

SITBON, A; *La réforme de la procédure de règlement amiable des litiges nés à l'occasion des marchés publics*. Marchés Publics, nº 176. 1981.

SOSA WAGNER, Francisco, TOLIVAR ALAS, Leopoldo, QUINTANA LÓPEZ, Tomás y FUERTES LÓPEZ, Mercedes; *Expropiación forzosa y expropiaciones urbanísticas*. 2ª Edición. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2003.

STEENLAND, Peter R. Jr. y APPEL, Peter A.; *The ongoing role of alternative dispute resolution in Federal Government litigation*. University of Toledo Law Review, vol. 27, nº 4. 1996.

SUSSKIND, L. E., BABBITT, E. F. y SEGAL, P. N.; *When ADR becomes the law: a review of Federal Practice*. Negotiation Journal, vol. 9. 1993.

TEBOUL, Gérard; *Arbitrage international et personnes morales de droit public (Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif)*. L'Actualité Juridique de Droit Administratif, nº 1. 1997.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel; *El procedimiento contencioso-administrativo abreviado*. Edisofer. Madrid, 2000.

TOLAN, Major Patrick E.; *Using ADR to Resolve Contract Disputes Between Government Contractors and the Air Force*. En Breger, Marshall J. (Editor); *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. American Bar Association. Section of Administrative Law and Regulatory Practice. Chicago, 2001.

- *The Role of Alternative Dispute Resolution in resolving Air Force contract disputes*. Air Force Law Review, vol. 40. 1996.

TORNOS MAS, Joaquín; *Vía previa y garantías de los administrados*. En *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Vol. I. Civitas. Madrid, 1993.

- *Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local*. En Font i Llovet, Tomás (Dir.); *Anuario del Gobierno Local, 1995*. Diputación de Barcelona. Madrid, 1995.

- *Actuaciones relativas a la contratación*. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.); *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1996.

- *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*. DA, nº 220. 1989.

- *La situación actual del proceso contencioso-administrativo*. RAP, nº 122. 1990.

- *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos*. RAP, nº 136. 1995.

- *El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura*. Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona. Butlletí, nº 6. 1995.

- *Los recursos administrativos en la Ley 4/1999*. JA, nº 5. 1999.

- *Ejecución de sentencias favorables a la Administración y medidas cautelares*. JA, nº 15. 2002.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel; *El arbitraje en el Derecho Administrativo como medio alternativo de control: Los convenios urbanísticos y el planeamiento*, Capítulo III del Título TERCERO de su obra *El control del planeamiento urbanístico*. Civitas. Madrid, 1996.

- *El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas*. En Sánchez Morón, Miguel, Trayter Jiménez, Juan Manuel y Sánchez Blanco, Ángel; *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. IVAP. Oñati, 1995.

- *El arbitraje de Derecho Administrativo*. RAP, nº 143. 1997.

TRIBUNAL SUPREMO; *Del modo de arreglar la Justicia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.

URDA ALGUACIL, Antonio; *Informe: "Inspección Operativa de Servicios sobre procedimientos de resolución de recursos administrativos"*. DA, nº 221. 1990.

VALCARCEL, Patricia y MENÉNDEZ, Pablo; *El nuevo Código Portugués del proceso de los Tribunales Administrativos*. RAP, nº 162. 2003. (Presentación de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA).

VEDEL, George y DEVOLVÉ Pierre; *Droit Administratif*. Tomo II. 12ª Edición. Presses Universitaires de France. París, 1992.

VELASCO CABALLERO, Francisco; *Administraciones Públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*. Bosch. Barcelona, 2003.

VELASCO GARRIDO, Antonio; *El Consell Tributari municipal como instrumento de autocontrol y garantía del contribuyente*. En Elorriaga Pisarik, Gabriel (Coordinador); *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1996.

VV.AA.; *La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*. DA, nº 209 (Monográfico). 1987.

VV.AA.; *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*. EGEA. Milano, 1991.

VV.AA.; *Arbitrato e pubblica amministrazione*. Giuffrè. Milano, 1999.

VV.AA.; *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2003.

VV.AA.; *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública*. Ministerio de Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2004.

WALD, Patricia M.; *ADR and the Courts: an update*. Duke Law Journal, vol. 46, nº 6. 1997.

WARD, Margaret; *Public Fuss in a private forum*. Harvard Negotiation Law Review, vol. 2. 1997.

WÜRTEMBERGER, Thomas; *Aceptación a través del procedimiento administrativo*. DA, nº 235-236. 1993.

## **Publicaciones oficiales:**

Boletín Oficial del Estado.  
Federal Register.  
Journal Officiel de la République Française  
Boletín Oficial de las Cortes Generales.

## **Páginas web:**

<http://liimirror.warwick.ac.uk/cgi-bin/usc-search.pl>  
<http://www.access.gpo.gov/uscode/uscmmain.html>  
<http://www.adr.af.mil/main.htm>  
<http://www.boe.es>  
<http://www.cmt.es>  
<http://www.coe.es>  
<http://www.congreso.es>  
<http://www.consejo-estado.es>  
<http://www.defensordelpueblo.es>  
<http://www.epa.gov/adr>  
<http://www.europa.eu.int>  
<http://www.fmcs.gov/internet/>  
<http://www.justice.gouv.fr>  
<http://www.law.harvard.edu>  
<http://www.legifrance.gouv.fr>  
<http://www.noticias.juridicas.com>  
<http://www.poderjudicial.es>  
<http://www.tab.es>  
<http://www.usdoj.gov/adr/>  
<http://www.westlaw.es>

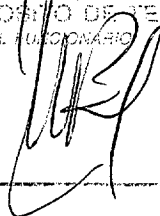




UNIVERSIDAD DE ALCALÁ  
SERVICIO DE POSTGRADO

DILIGENCIA PARA HACER CONSTAR QUE EL  
PRESENTE RESUMEN DE LA TESIS PRESENTADA  
POR D. Jesús del Olmo Alonso  
CONSTITUYE 408 PÁGINAS Y HA SIDO ENTREGADA  
CON FECHA 7 de Julio de 2004  
A EFECTOS DE DEPOSITO DE TESIS.

EL FUNCIONARIO



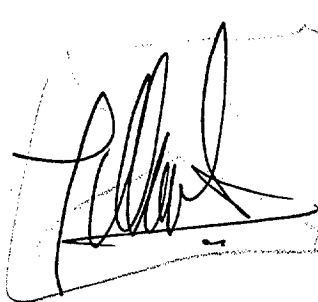
DILIGENCIA. Para hacer constar que, de acuerdo con las normas del Doctorado Europeo de la Universidad de Alcalá, de esta tesis doctoral forma parte un resumen "abstract", redactado en FRANCÉS y denominado:

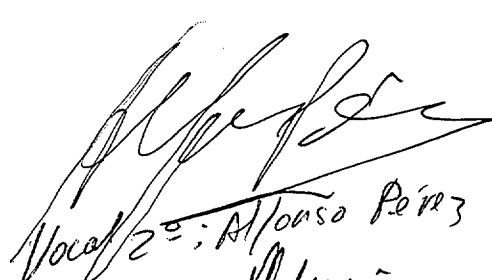
"LE RÈGLEMENT ALTERNATIF DES LITIGES ADMINISTRATIFS"

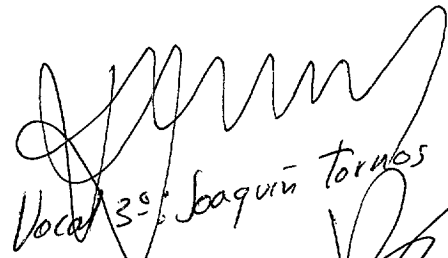
escrito en 2 hojas por la/s 1 cara/s, que se estampará con el sello de la Comisión de Doctorado, la fecha de depósito de esta tesis doctoral y firmado.

Reunido el Tribunal que suscribe en el día de la fecha acordó otorgar a la presente Tesis Doctoral la calificación de sobresaliente  
"Cum Laude" por unanimidad

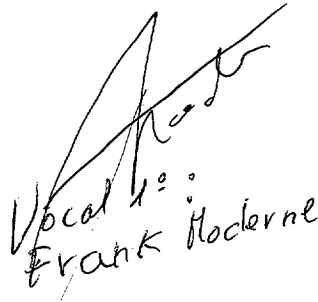
Alcalá de Henares, 14 de ochu de 2004

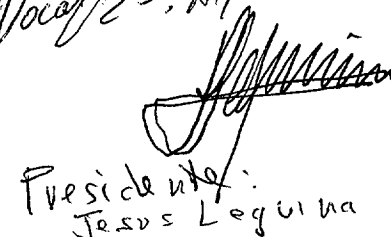


  
Vocal 2º: Alfonso Pérez

  
Vocal 3º: Jaquín Torvos

  
Secretario: Martín Bassot

  
Vocal 1º: Frank Moderne

  
Presidente: Jesús Leguina